



Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention Européenne des Droits de l'Homme

Laurèn Audouy

► To cite this version:

Laurèn Audouy. Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Droit. Université Montpellier, 2015. Français. NNT : 2015MONTD054 . tel-01369159

HAL Id: tel-01369159

<https://theses.hal.science/tel-01369159>

Submitted on 20 Sep 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

THÈSE

Pour obtenir le grade de
Docteur

Délivré par **L'UNIVERSITE DE MONTPELLIER**

Préparée au sein de l'École doctorale Droit et Science politique
Et de l'Institut de Droit Européen des Droits de l'Homme (EA 3976)

Spécialité : **DROIT PUBLIC**

Présentée par **Laurèn AUDOUY**

**LE PRINCIPE DE SUBSIDIARITE AU SENS
DU DROIT DE LA CONVENTION
EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME**

Soutenue le 11 septembre 2015 devant le jury composé de :

Monsieur **Joël Andriantsimbazovina**, Professeur de droit public,
Université Toulouse 1 Capitole, *Rapporteur*

Madame **Peggy Ducoulombier**, Professeur de droit public,
Université de Strasbourg, *Rapporteur*

Monsieur **Jean-Pierre Marguenaud**, Professeur de droit privé,
Université de Limoges

Madame **Angelika Nußberger**, Juge à la Cour européenne des droits de l'homme,
Présidente du jury

Monsieur **Frédéric Sudre**, Professeur de droit public,
Université de Montpellier, *Directeur de thèse*

RESUME EN FRANÇAIS

Le principe de subsidiarité, en droit de la Convention européenne, est un principe empreint d'ambiguïtés. D'origine prétorienne, il ne fait l'objet d'aucune définition formelle dans les textes ou la jurisprudence afférente et se voit ainsi marqué d'une indétermination sémantique et juridique certaine. Doté d'une double dimension à la fois procédurale et matérielle, il n'en reste pas moins un principe fondamental du droit européen, un principe qui structure, d'une part, l'organisation et le fonctionnement même du système et guide, d'autre part, l'interprétation et le contrôle du juge de Strasbourg. Parce que naturellement ambigu mais néanmoins directeur du droit européen, le principe de subsidiarité se présente donc comme un principe souple et malléable, par conséquent, adaptable. L'analyse de sa mise en œuvre dans la jurisprudence européenne met ainsi en exergue l'inconstance et la variabilité d'application du principe, à la libre disposition du juge strasbourgeois. Mais analysée à la lumière du contexte actuel d'un engorgement sans précédent du système et donc d'une réaffirmation urgente de son caractère subsidiaire, l'utilisation fluctuante du principe s'apprécie sous un jour nouveau, visant à faire de la subsidiarité un principe non plus garant des libertés nationales mais désormais source d'un encadrement de celles-ci. Parce que moteur d'une responsabilisation accrue des Etats membres, le principe de subsidiarité apparaît donc comme une pièce maîtresse de la politique jurisprudentielle du juge européen.

TITRE ET RESUME EN ANGLAIS

THE PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY IN VIRTUE OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS' LAW

As part of the European Convention, the principle of subsidiarity is marked by ambiguity. Originating from judges, it has not been formally defined in legal texts nor in any related jurisprudence and is therefore characterized by a semantic and legal indeterminacy. Featuring both a procedural and a tangible dimension, it remains a fundamental principle of European law. On the one hand, it structures, the system's organization and operations. On the other hand, it guides the court of Strasbourg's interpretation and review. Naturally ambiguous but still guiding European law, the principle of subsidiarity is presented as a flexible and malleable principle, and therefore adaptable. The analysis of its implementation in the European jurisprudence highlights its inconsistency and variability at the free disposal of the court of Strasbourg. However, in the light of the current context of an unprecedented saturation of the system and therefore of an urgent reassertion of its subsidiary nature, a fluctuating use of the principle is assessed differently to make it not a guarantee of national liberties, but a guide for them. As a driving force for increased accountability of member states, the principle of subsidiarity appears to be essential to the judicial policy of the European court.

DISCIPLINE : DROIT PUBLIC

MOTS CLEFS : Activisme judiciaire, Autolimitation judiciaire, Autonomie nationale, Autorité, Consensus européen, Cour européenne des droits de l'homme, Dialogue des juges, Diversité nationale, Droit commun européen, Harmonisation, Interprétation, Marge nationale d'appréciation, Pluralisme, Principes, Procéduralisation, Souveraineté étatique, Standard minimum de protection, Subsidiarité

KEYWORDS : Authority, Dialogue of judges, European Common Law, European Consensus, European Court of Human Rights, Harmonization, Interpretation, Judicial activism, Judicial self-restraint, Minimum standard of protection, National autonomy, National diversity, National margin of appreciation, Pluralism, Principles, Proceduralisation, State sovereignty, Subsidiarity

INTITULE ET ADRESSE DU LABORATOIRE :

INSTITUT EUROPEEN DES DROITS DE L'HOMME, 39 rue de l'Université, 34060 Montpellier Cedex 2

*« La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans
cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur »*

*A mon grand-père, Michel,
pour la volonté et le courage
qu'il m'a insufflés...*

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS.....	I
--------------------	---

SOMMAIRE	II
----------------	----

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	III
--	-----

INTRODUCTION	1
--------------------	---

§1- L'analyse des termes du sujet	7
A- L'objet de l'étude : « Le principe de subsidiarité... »	7
1-La notion de subsidiarité dans son acception générale	7
a- L'ambivalence du concept de subsidiarité	8
i. La subsidiarité négative	9
ii. La subsidiarité positive	11
b- L'indétermination des conditions du déclenchement de l'action subsidiaire	13
i. Le critère de l'insuffisance ou de la défaillance du niveau inférieur	14
ii. Le critère de la meilleure efficacité du niveau supérieur	16
iii. L'articulation incertaine des critères de définition de la subsidiarité	19
2-La notion de subsidiarité en droit européen	21
B- Le champ de l'étude : « ... au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme »	23
1-Les textes européens de protection des droits de l'homme	23
2-L'échantillon jurisprudentiel principalement retenu	24
3-L'appel complémentaire aux droits nationaux, régionaux et internationaux	26
§2- Le développement de la problématique	27
A- L'intérêt de l'étude et les problématiques sous-jacentes	27
B- La méthode d'analyse retenue	30
C- La thèse soutenue et le plan d'étude adopté	32

PARTIE 1 : LE PARADOXE DE L'IDENTIFICATION DU PRINCIPE DE SUBSIDIARITÉ	34
--	----

Titre 1 : Un principe fondamentalement ambigu	36
---	----

Chapitre 1 : L'absence de définition univoque du principe de subsidiarité	38
---	----

Section 1 : La variabilité générale du principe de subsidiarité en droit	39
--	----

§1- L'acception classique de la subsidiarité en droit communautaire et constitutionnel	42
A- La poursuite d'une logique sensiblement différente	43
1-La dimension ascendante de la subsidiarité communautaire	43
2-La dimension descendante de la subsidiarité constitutionnelle	45
B- L'absence commune d'action nationale ou locale systématique	49
§2- La définition d'une subsidiarité intermédiaire en droit pénal	51
§3- La singularité de la subsidiarité en droit international des droits de l'homme	55
A- L'éviction initiale des notions de primauté et de spécialité	56
1-L'opposition nuancée des principes de primauté et de subsidiarité	56
2-La combinaison peu déterminante des principes de spécialité et de subsidiarité	57
B- Du principe de complémentarité à la spécificité du principe de subsidiarité	58

Section 2 : L'origine prétorienne du principe de subsidiarité en droit européen	63
§1- L'absence originelle de consécration textuelle du principe	64
A- Les références conventionnelles implicites au principe	64
1-La dimension procédurale du principe de subsidiarité.....	64
2-La dimension substantielle du principe de subsidiarité.....	67
B- La protection des souverainetés étatiques, principal fondement du principe.....	69
1-Précisions liminaires concernant la notion de souveraineté	69
2-La difficile appréhension de la souveraineté dans le domaine des droits de l'homme	71
3-La définition d'une subsidiarité au service de la souveraineté.....	72
§2- La construction jurisprudentielle progressive du principe	74
A- L'apparition du principe dans la jurisprudence européenne	75
B- Un accroissement manifeste des références jurisprudentielles expresses	77
1-Un accroissement quantitatif	78
2-Un accroissement qualitatif	79
§3- Une affirmation textuelle aux apports mesurés.....	81
Conclusion du Chapitre 1.....	86
 Chapitre 2 : L'indétermination de la nature du principe de subsidiarité.....	88
Section 1: La pertinence de la qualification de <i>principe</i>.....	89
§1- La confusion conceptuelle de la notion de principe ou l'identification complexe de la dimension principielle de la subsidiarité	90
A- L'imbraglio des acceptions de la notion de principe	90
1-La distinction principe/règle ou l'éviction assurée de la qualification de règle du droit.....	91
2-La distinction principe/norme ou l'éviction provisoire du qualificatif de norme juridique	93
B- La pluralité des critères de définition d'un principe	94
1-Le critère relativisé de la normativité	94
2-Le critère classique de la généralité	96
3-Le critère de la consécration en droit positif.....	97
§2- La diversité de la typologie des principes du droit comme entrave à la qualification univoque du principe de subsidiarité	100
A- L'hypothèse écartée d'un principe général de subsidiarité	101
1-L'éviction assurée du qualificatif de principe général du droit.....	101
2-L'éviction timorée du qualificatif de principe général.....	102
B- L'hypothèse adoptée d'un principe fondamental de subsidiarité.....	104
Section 2 : La juridicité controversée du principe de subsidiarité.....	108
§1- L'assimilation délibérée des notions de juridicité et normativité	109
§2- L'identification et l'application des critères de la normativité au principe de subsidiarité.....	111
A- Le critère de l'impérativité de la norme.....	112
1-La subsidiarité en droit constitutionnel comme exemple de principe dépourvu d'impérativité.....	113
2-L'inconstante impérativité de la subsidiarité en droit européen	114
a- L'évidente impérativité de la subsidiarité procédurale	114
b- La contestable impérativité de la subsidiarité substantielle.....	115
B- Le critère de la sanction du non-respect de la norme.....	118
1-L'exemple de la justiciabilité de la subsidiarité en droit de l'Union européenne	119
2-L'inconstante justiciabilité de la subsidiarité en droit européen	122
a- L'évidente justiciabilité de la subsidiarité procédurale	122
b- La contestable justiciabilité de la subsidiarité substantielle	123
Conclusion du Chapitre 2.....	128
Conclusion du Titre 1 : Un principe fondamentalement ambigu	130
 Titre 2 : Un principe directeur du droit européen	132
Chapitre 1 : Un principe de structuration du système européen.....	136
Section 1 : L'articulation des systèmes autour de la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes	137
§1- Une manifestation formelle du caractère subsidiaire du système européen.....	139
A- Une condition de recevabilité assujettie à l'exigence d'effectivité des recours à épuiser.....	140

B- Une condition de recevabilité peu à peu dénaturée.....	144
§2- Des interrogations persistantes quant aux adaptations contemporaines et futures de cette règle.....	147
A- La question prioritaire de constitutionnalité, une nouvelle voie de recours au sens de l'article 35 § 1?	148
1-L'état actuel de la jurisprudence européenne contraire à l'épuisement du recours en exception d'inconstitutionnalité.....	148
2-Une jurisprudence à réviser dans l'intérêt du principe de subsidiarité.....	149
a- Le constat d'une équivalence des protections comme facteur favorable à l'épuisement préalable du recours en exception d'inconstitutionnalité	150
b- L'objectif d'un renforcement du principe de subsidiarité comme argument justifiant l'épuisement préalable du recours en exception d'inconstitutionnalité	152
B- Les particularités de la règle de l'épuisement des voies de recours en cas d'adhésion de l'Union européenne à la Convention.....	157
1-L'hypothèse d'un épuisement des voies de recours internes en cas d'actions directes.....	158
2-L'hypothèse d'un épuisement des voies de recours internes en cas d'actions indirectes.....	159
Section 2 : La définition subséquente d'un système de protection des droits de l'homme complémentaire aux systèmes nationaux	164
§1- Le rôle prioritaire des autorités nationales dans l'application et la protection des droits garantis ...	166
A- Une responsabilité multiforme pesant sur l'ensemble des autorités nationales	166
1-Le devoir des autorités législatives et exécutives de mettre en œuvre la Convention.....	167
2-Le devoir du juge national de sanctionner les atteintes portées à la Convention	169
B- Un partage des responsabilités néanmoins favorable à l'ordre interne	173
1-L'enrichissement du droit national	174
2-La valorisation de l'office du juge national	177
§2- Le rôle secondaire de la Cour européenne dans le contrôle du respect des droits garantis.....	179
A- Un contrôle européen spécifique	180
1-Le contrôle subsidiaire du juge européen	180
2-L'ultime contrôle du juge européen.....	183
B- L'inadaptation partielle du critère européen de la « meilleure position » des autorités nationales	184
1-L'intervention prioritaire des Etats membres justifiée par leur proximité avec les enjeux locaux ..	184
2-Les hypothèses d'un renversement de la présomption « proximité = efficacité »	187
Conclusion du Chapitre 1	192
Chapitre 2 : Un principe de conciliation des objectifs poursuivis par le juge européen... 194	
Section 1 : Un principe protecteur des diversités nationales	197
§1- L'objectif essentiel de sauvegarde du pluralisme	197
A- L'identification des différents types de pluralisme.....	198
B- La subsidiarité comme outil de gestion du pluralisme.....	201
1-La nécessité d'une protection des particularismes locaux ou nationaux.....	202
2-La marge nationale d'appréciation, technique jurisprudentielle d'expression de la subsidiarité et de protection du pluralisme	204
§2- L'exigence subséquente de retenue judiciaire du juge européen	209
A- La théorie du « judicial self-restraint » en droit européen	210
1-Une doctrine d'origine américaine.....	210
2-La transposition au juge européen	212
B- Le glissement critiquable d'un contrôle concret à abstrait	216
1-La nécessité d'un contrôle « <i>in concreto</i> »	216
2-Les manifestations préjudiciables d'un contrôle « <i>in abstracto</i> ».....	218
Section 2 : Un vecteur d'harmonisation des droits nationaux.....	223
§1- L'élaboration d'un « droit commun pluraliste » des droits de l'homme.....	224
A- Une exigence majeure découlant de la lettre du texte.....	225
1-La définition d'un standard commun de protection des droits de l'homme	226
2-La définition d'un standard minimum de protection des droits de l'homme	229
B- Une exigence tempérée par le respect d'un pluralisme nécessairement « ordonné »	232
§2 - L'interprétation consensuelle, technique jurisprudentielle d'harmonisation des droits	235
A- Le consensus européen, une technique interprétative légitime	237
1-Un outil de valorisation des convergences nationales.....	238

2-Un outil de mise en œuvre de la subsidiarité substantielle	240
B- Le consensus européen, principal paramètre de variation de la marge nationale d'appréciation	244
1-Bref rappel des différents paramètres de variation	244
2-Les implications classiques du consensus sur l'étendue de la marge.....	246
Conclusion du Chapitre 2.....	251
Conclusion du Titre 2 : Un principe directeur du droit européen	253
Conclusion de la Partie 1 : Le paradoxe de l'identification du principe de subsidiarité.....	255

PARTIE 2 : LA MISE EN ŒUVRE STRATÉGIQUE DU PRINCIPE DE SUBSIDIARITÉ 257

Titre 1 : L'instrumentalisation du principe de subsidiarité par le juge européen 260

Chapitre 1 : L'utilisation fluctuante des techniques d'expression de la subsidiarité..... 262

Section 1 : L'instabilité du degré de consensus requis par le juge européen 264

§1- De la simple « tendance » européenne au consensus solidement établi.....	266
A- L'identification d'une tendance ou d'un consensus naissant comme critère pertinent	266
1-Le recours à l'existence d'une tendance européenne comme critère secondaire du raisonnement juridique	267
2-Le recours à l'existence d'une tendance européenne comme critère déterminant des évolutions jurisprudentielles	270
B- L'exigence d'un consensus solide et stabilisé comme critère déterminant.....	273
§2- L'internationalisation contestable du consensus européen	277
A- La démultiplication des sources d'interprétation du juge, cause d'une internationalisation du consensus.....	279
1-La prolifération des sources du juge européen.....	280
2-Un accroissement de sa liberté interprétative à défaut d'une légitimité renforcée de ses décisions	284
B- L'émergence jurisprudentielle d'un « consensus international » voire même « universel »	289
1-Une tendance initiée par la jurisprudence Christine Goodwin contre Royaume-Uni	290
2-Une tendance confirmée par la jurisprudence Demir et Baykara contre Turquie	294
a- L'hypothèse singulière d'un recours au consensus international pour surmonter l'absence de consensus européen.....	295
b- La finalité néanmoins progressiste de la méthode employée	299

Section 2 : L'incohérence des implications du consensus sur l'étendue de la marge nationale d'appréciation..... 302

§1- La liberté du juge européen face à l'existence d'un consensus.....	305
A- Une extension de la marge malgré l'existence d'un consensus implicite	306
1-Les premières manifestations d'une instrumentalisation manifeste du consensus implicite.....	307
2-Une confirmation de l'instrumentalisation du consensus implicite	311
B- Une extension de la marge malgré l'existence d'un consensus explicite	316
1-Les premières manifestations d'une instrumentalisation manifeste du consensus explicite	316
2-Une confirmation de l'instrumentalisation du consensus explicite.....	320
§2- La liberté du juge européen face à l'absence de consensus	326
A- Une réduction de la marge malgré l'existence d'un pluralisme implicite.....	327
B- Une réduction de la marge malgré l'existence d'un pluralisme explicite	331
1-Les premières manifestations d'une instrumentalisation manifeste du pluralisme explicite	331
2-Une confirmation de l'instrumentalisation du pluralisme explicite	336
Conclusion du Chapitre 1.....	342

Chapitre 2 : La redéfinition des critères d'application du principe de subsidiarité..... 346

Section 1 : Une appréciation minimale des buts légitimes poursuivis, source d'une identification du critère de la nature du but..... 348

§1- Une interprétation extensive des motifs de restriction possibles	350
A- Une extensivité initiée par la reconnaissance de limitations implicites	350
B- Une extensivité favorisée par la non-autonomie des motifs de restriction	354

C- Une extensivité renforcée par la diversité des buts légitimes invoqués	356
§2- Un contrôle restreint de la légitimité des buts poursuivis	359
A- Un blanc-seing traditionnellement accordé aux Etats membres	360
B- Les rares hypothèses d'un contrôle approfondi du but légitime poursuivi	363
§ 3- L'identification de la nature du but comme critère d'un renforcement de la subsidiarité.....	367
A- L'exemple principal du but légitime de protection de l'environnement.....	368
1-L'influence manifeste du critère de la nature du but.....	369
2-Le rôle toutefois déterminant de la synergie des critères	371
B- L'exemple secondaire du but légitime de protection de la morale	374
Section 2 : Une retenue judiciaire dans les domaines sensibles, source d'une valorisation du critère principal du domaine	377
§1- Le critère décisif du domaine des valeurs morales et sociétales	381
A- Le domaine novateur de la bioéthique et des mœurs	382
1-Le domaine de l'avortement	383
2-Le domaine de l'euthanasie ou du suicide assisté.....	385
3-Le domaine de la procréation artificielle	386
4-Le domaine du mariage ou de l'adoption entre personnes de même sexe	389
B- La permanence du domaine des relations entre l'Etat et les religions	392
§2- Le critère contrasté du domaine des activités politiques et de nature régaliennne	397
A- Le domaine renouvelé des politiques publiques économiques et sociales	398
1-Le domaine de la protection sociale.....	399
2-Le domaine de la gestion des espaces publics	402
B- Le domaine circonscrit des opérations policières et armées	403
C- L'hétérogénéité des domaines ayant trait à l'organisation du système étatique	407
1-Le domaine de l'organisation du système électoral.....	407
2-Le domaine de l'organisation du système juridictionnel	409
Conclusion du Chapitre 2.....	415
Conclusion du Titre 1 : L'instrumentalisation du principe de subsidiarité par le juge européen....	417
 Titre 2 : L'inscription du principe de subsidiarité au cœur d'une politique jurisprudentielle de responsabilisation des Etats	419
 Chapitre 1 : Une mutation de la subsidiarité en un principe d'encadrement des libertés étatiques	422
Section 1 : Un encadrement des libertés nationales dans la protection interne des garanties	424
§1- Une intensification du mouvement de procéduralisation des droits	426
A- Un encadrement partiel de l'autonomie nationale	428
B- Un encadrement global de l'autonomie nationale	432
§2- Une refondation des méthodes de contrôle du juge européen.....	434
A- Un encadrement procédural de l'autonomie législative.....	436
B- Un encadrement substantiel de l'autonomie judiciaire	442
Section 2 : Un encadrement des libertés nationales en matière d'exécution des arrêts de la Cour...	449
§1- Un encadrement <i>a priori</i> du libre choix des moyens d'exécution	451
A- Une redéfinition de l'obligation de cessation et de prévention de l'illicite	454
1-L'énunciation banalisée de mesures individuelles	456
2-L'énunciation banalisée de mesures générales	459
B- Une redéfinition de l'obligation de réparation.....	464
§2- Un encadrement <i>a posteriori</i> du libre choix des moyens d'exécution	468
A- Un encadrement exercé lors du contrôle de l'exécution d'une affaire pilote.....	470
1-Une procédure permettant le contrôle par la Cour de l'exécution de ses propres arrêts	472
2-Une procédure particulièrement motrice de la mutation du principe de subsidiarité	476
B- Un encadrement confirmé lors du contrôle d'une requête ultérieure soulevant un « problème nouveau ».....	478
Conclusion du Chapitre 1.....	484

Chapitre 2 : Une reformulation du principe au service d'une renationalisation du contentieux	486
Section 1 : Un renforcement mitigé de la capacité de filtrage de la Cour	488
§1- L'introduction d'un nouveau critère de recevabilité, facteur d'un amoindrissement potentiel de la protection des droits	490
A- Une innovation propice à la réduction du flot contentieux	491
1-L'usage de la clause d'absence de préjudice important	492
2-L'interprétation et l'application des « clauses de sauvegarde »	495
B- Une innovation motivée à tort par l'argument d'une consolidation du principe de subsidiarité ..	499
§2- La constitutionnalisation progressivement confirmée du rôle du juge européen	502
Section 2 : Un renforcement salutaire de l'autorité des arrêts de la Cour	509
§1- Une interprétation extensive de l'autorité des arrêts de la Cour	511
A- L'affirmation textuelle d'une autorité de la chose jugée	512
1-L'énonciation formelle d'une autorité relative de la chose jugée	512
2-Le dépassement prétorien du caractère relatif de l'autorité juridictionnelle	513
B- L'affirmation jurisprudentielle d'une autorité de la chose interprétée	515
1-La portée contraignante de la jurisprudence européenne	516
2-L'encadrement confirmé des libertés nationales	519
§2- La réception progressive de la jurisprudence européenne en droit interne	522
A- Une « collaboration juridictionnelle » indispensable à l'exercice d'un contrôle de conventionnalité réussi	522
1-Le dialogue des juges comme amplificateur de subsidiarité	523
2-Les différentes formes de dialogue possible	526
B- Le devoir de coopération des juridictions nationales globalement satisfait	529
1-La prise en compte de la jurisprudence européenne par les autorités nationales	529
2-L'exécution des arrêts de la Cour par les autorités nationales	538
Conclusion du Chapitre 2 : Une reformulation du principe au service d'une renationalisation du contentieux	544
Conclusion du Titre 2 : L'inscription du principe de subsidiarité au cœur d'une politique jurisprudentielle de responsabilisation des Etats	546
Conclusion de la Partie 2 : La mise en œuvre stratégique du principe de subsidiarité	548
CONCLUSION GENERALE.....	551
§1- La confrontation habituelle des principes d'effectivité et de subsidiarité	555
A- La recherche légitime d'une protection concrète et effective des droits de l'homme	555
B- L'opposition dialectique de ces deux principes directeurs du droit européen	558
§2- Une conciliation nécessaire des principes d'effectivité et de subsidiarité	560
A- La (ré)affirmation d'une subsidiarité garante d'une protection effective des droits	561
B- Doutes et inquiétudes quant à la pérennité d'une telle approche	564
BIBLIOGRAPHIE	569
INDEX DE LA JURISPRUDENCE CITÉE.....	618
INDEX ALPHABÉTIQUE.....	635

REMERCIEMENTS

Je souhaite tout d'abord exprimer ma plus profonde gratitude au Professeur Frédéric SUDRE pour avoir accepté de me confier ce sujet de thèse et m'avoir ensuite guidée, accompagnée et conseillée tout au long de ces quatre années de recherche.

Je souhaite également adresser de sincères remerciements aux membres de ce jury pour l'intérêt et le temps consacrés à la lecture de mon travail.

Je remercie aussi l'ensemble des membres de l'IDEDH pour leurs conseils éclairés.

Je remercie tout naturellement ma famille et mes amis qui m'ont, non seulement soutenue, mais aussi apporté une aide concrète très précieuse et ont ainsi grandement contribué à la réalisation de ce travail. Un immense merci à Annie, Claire, Elisabeth, Eva, Françoise, Lauren, Marie-Christine, Olivia, Papa, Patricia R. et Pierre pour leurs relectures appliquées. Merci à mes grands-parents pour leur présence et leurs encouragements.

Un merci tout particulier, enfin, à mon mari David et ma maman Patricia, pour les innombrables heures qu'ils ont eux aussi consacrées à ma thèse, mais surtout pour leur indéfectible et inestimable soutien ainsi que pour la confiance qu'ils ont eu en moi dans les moments où j'en manquais le plus.

A vous tous, merci infiniment.

SOMMAIRE

Introduction

PARTIE 1 : LE PARADOXE DE L'IDENTIFICATION DU PRINCIPE DE SUBSIDIARITÉ

Titre 1 : Un principe fondamentalement ambigu

Chapitre 1 : L'absence de définition univoque du principe de subsidiarité

Chapitre 2 : L'indétermination de la nature du principe de subsidiarité

Titre 2 : Un principe directeurErreur ! Signet non défini. du droit européen

Chapitre 1 : Un principe de structuration du système européen

Chapitre 2 : Un principe de conciliation des objectifs poursuivis par le juge européen

PARTIE 2 : LA MISE EN ŒUVRE STRATÉGIQUE DU PRINCIPE DE SUBSIDIARITÉ

Titre 1 : L'instrumentalisation du principe de subsidiarité par le juge européen

Chapitre 1 : L'utilisation fluctuante des techniques d'expression de la subsidiarité

Chapitre 2 : La redéfinition des critères d'application du principe de subsidiarité

Titre 2 : L'inscription du principe de subsidiarité au cœur d'une politique jurisprudentielle de responsabilisation des Etats

Chapitre 1 : Une mutation de la subsidiarité en un principe d'encadrement des libertés

Chapitre 2 : Une reformulation du principe au service d'une renationalisation du contentieux

Conclusion générale

Bibliographie

Index de la jurisprudence citée

Index Alphabétique

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AFDI	Annuaire français de droit international
aff.	Affaires
AJDA	Actualité juridique – Droit administratif
AJIL	American Journal of International Law
al.	Autres
c.	Contre
Cass.	Cour de cassation
Cass. Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
Cass., Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass., Ch. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
CC	Conseil constitutionnel
CDE	Cahiers de droit européen
CE	Conseil d’Etat
CEDH	Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales
Ch.	Chambre
chron.	Chronique
CIADH	Cour interaméricaine des droits de l’homme
CIJ	Cour Internationale de justice
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de Justice de l’Union européenne
coll.	Collection
Com. EDH	Commission européenne des droits de l'Homme
comm.	Commentaire
concl.	Conclusions
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CPI	Cour pénale internationale
CPP	Code de procédure pénale
Dalloz	Recueil Dalloz
déc.	Décision
dir.	Sous la direction de
DUDH	Déclaration universelle des droits de l’homme
EHRLR	European Human Rights Law Review
GACEDH	Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme, F. SUDRE, J-P. MARGUENAUD, J. ANDRIANSTIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, G. GONZALEZ, L. MILANO, H. SURREL, avec la collaboration de F. MARCHADIER et C. PICHERAL, Paris, Puf, 7 ^{ème} éd., 2015
Gde ch.	Grande Chambre
GP	Gazette du Palais

Ibid.	Ibidem
IDEDH	Institut de droit européen des droits de l'homme, Université de Montpellier
JCP A.	Semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales
JCP E.	Semaine juridique. Entreprise et affaires
JCP G.	Semaine juridique. Édition générale
JCP S.	Semaine juridique. Social
JDE	Journal de droit européen
JDI	Journal de droit international (Clunet)
JT	Journal des tribunaux
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les petites affiches
NCCC	Nouveaux cahiers du conseil constitutionnel
obs.	Observations
ONU	Organisation des Nations Unis
op. cit.	Opus citatum
p.	Page
pp.	Pages
PUF	Presses universitaires de France
RAE	Revue des affaires européennes
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye
RDF	Revue de droit fiscal
RDIDC	Revue de droit international et de droit comparé
RDISDP	Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques
RDP	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
Rec.	Recueil
req.	Requête
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RGDIP	Revue générale de droit international public
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIEJ	Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques
RRJ	Revue de la recherche juridique - Droit prospectif
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RTD. Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
RUDH	Revue universelle des droits de l'homme
spéc.	Spécialement
TCE	Traité sur les communautés européennes
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TPIR	Tribunal pénal international pour le Rwanda
TPIY	Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie
TUE	Traité sur l'Union européenne
UE	Union européenne

INTRODUCTION

« C'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser ;
il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites.
Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses,
le pouvoir arrête le pouvoir »¹

1. Le principe de subsidiarité constitue « la “clef de voûte” de l'ensemble du système européen de protection des droits de l'homme »² et représente, ainsi, « l'un des principes fondamentaux sous-tendant tout le système de la Convention »³. Si par ces mots, l'intérêt d'une étude portant sur le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme se pressent déjà, il se confirme tout naturellement, ensuite, au regard de l'actualité à la fois politique et juridique de ce principe, ainsi placé, en droit européen des droits de l'homme, au cœur de tous les débats contemporains⁴.

2. De l'origine latine *subsidium* qui signifie « réserve », la notion de subsidiarité renvoie à l'idée de secours ou d'assistance en cas de besoin et a vocation, en tant que principe de répartition des compétences, à régir tous les types de rapport existants entre des entités ou groupements hiérarchisés, dont les champs de compétence – parce qu'ils coïncident – ont besoin d'être structurés⁵. Ainsi que l'explique le Professeur Chantal DELSOL, le principe de

¹ MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Livre XI, Chap. IV, p. 1748.

² J-M. SAUVE, Intervention devant le Conseil d'Etat, lors de la conférence sur *Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme*, Paris, le 19 avril 2010.

³ J-P. COSTA, « Intervention introductive » devant le Conseil d'Etat, lors de la conférence sur *Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme*, Paris, le 19 avril 2010. Voir également Cour EDH, Gde ch., 28 avril 2008, *Hutten-Czapska c. Pologne*, req. n°35014/97, § 34 ; *RTD Civ.*, 2008, n°4, pp. 719-721, note J.P. MARGUENAUD.

⁴ Voir, entre autres, J-P. COSTA, « Intervention introductive » devant le Conseil d'Etat, *op. cit.* ; J-M. SAUVE, Intervention devant le Conseil d'Etat, *op. cit.* ; J-M. SAUVE, Discours de rentrée solennelle de la Cour européenne des droits de l'homme, le 29 janvier 2010 ; les Conférences de haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme d'Interlaken les 18 et 19 février 2010, d'Izmir des 26 et 27 avril 2011, de Brighton des 18, 19 et 20 avril 2012 et de Bruxelles des 26 et 27 mars 2015 ; Intervention de J-M. SAUVE, « La subsidiarité : une médaille à deux faces ? », *Séminaire organisé par la Cour européenne des droits de l'homme*, le vendredi 30 janvier 2015 à Strasbourg, p. 2. Discours disponible sur : http://echr.coe.int/Documents/Speech_20150130_Seminar_JMSauv%C3%A9_2015.pdf.

⁵ Selon Mélanie SCHMITT, « le principe de subsidiarité a vocation à s'appliquer dans toutes les sociétés structurées puisque la coexistence de multiples autorités [...] requiert que leurs rapports soient organisés. Le principe a trait à la distribution des compétences et des pouvoirs entre ces différentes entités. Il s'applique à tous les types de rapport au sein de la société et entre toutes les personnes ou autorités disposant d'une

subsidiarité « *vaut dans tous les domaines de la vie sociale où se pose un problème d'attribution des compétences. Il ne concerne pas seulement le rôle de l'Etat mais le rôle de chaque autorité. N'importe quel groupe humain, à l'image de la société politique, peut intégrer l'idée de subsidiarité* »⁶.

3. Cette subsidiarité est ainsi, avant tout, une notion ancienne de philosophie sociale, apparue dès l'Antiquité et puisant ses origines dans la pensée des plus grands philosophes de l'Histoire. Tentant depuis des siècles « *de répondre à une question complexe et récurrente, celle de savoir comment s'articulent dans la société et surtout dans l'Etat, les interventions des personnes, des groupes et des autorités publiques* »⁷, nombreux penseurs sont, en effet, associés à l'émergence et au développement de l'idée de subsidiarité, tels qu'ARISTOTE⁸, Thomas D'AQUIN ou encore Johannes ALTHUSIUS, précurseur de la doctrine du fédéralisme et premier philosophe à décrire le concept d'un Etat subsidiaire. John LOCKE développera, quant à lui, l'idée de suppléance, de même que MONTESQUIEU, insistant sur la nécessité d'un Etat secondaire et suppléant, ou encore Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, poursuivant la réflexion d'un Etat subsidiaire dans son essai sur « *La constitution de l'Allemagne* ». Toutefois, l'ensemble de ces philosophes développent une idée générale de subsidiarité et non encore une notion conceptualisée, sous forme de principe et dont l'apparition date plutôt du 19^{ème} siècle. D'autres grands noms peuvent donc être également associés à ce principe, tel qu'Alexis DE TOCQUEVILLE qui s'interroge sur le concept de décentralisation, d'autonomie locale et présente le principe de subsidiarité comme un critère guide d'une répartition des pouvoirs entre l'Etat fédéral et les entités fédérées. Pierre-Joseph PROUDHON sera également fervent défenseur de l'organisation fédérative d'un Etat et identifiera la subsidiarité comme garante d'une participation de l'individu au pouvoir de l'Etat. Parce qu'il s'agit surtout d'un « *principe philosophique d'organisation*

compétence ». Voir M. SCHMITT, *Autonomie collective des partenaires sociaux et principe de subsidiarité dans l'ordre juridique communautaire*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2009, p. 90.

⁶ C. DELSOL, *L'Etat subsidiaire : ingérence et non-ingérence de l'Etat : le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*, Editions du Cerf, 2015, p. 321.

⁷ C. MILLION-DELSOL, *Le principe de subsidiarité*, PUF, 1993, p. 13.

⁸ Voir notamment, A. PELLISSIER-TANON, « L'ordre hiérarchique des divers groupements – Une note sur les fondements aristotéliens du principe de subsidiarité », in J. BICHOT, P. COULANGE et B. LARGILLIER et al., *La subsidiarité*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2014, pp. 15-22.

sociale »⁹, il ne sera donc guère étonnant de le voir appliqué au sein de différentes structures sociales telles que, par exemple, la structure familiale ou, à l’opposé, celle de l’entreprise¹⁰.

4. Appréhendée également par la doctrine sociale de l’Eglise catholique¹¹, la notion de subsidiarité a alors pour fondements anthropologiques¹², les concepts de « dignité humaine » et de « bien commun », principales valeurs ayant « *présidé à sa formulation dans le champ de la philosophie* »¹³ et qui « *constituent ses finalités* »¹⁴. En effet, cette notion apparaît en filigrane, pour la première fois, dans l’encyclique *Rerum Novarum* publiée le 15 mai 1891 par le Pape Léon XIII. Traitant de diverses questions sociales et tout particulièrement de la condition ouvrière, ce texte impose à l’Etat un rôle de régulateur social et de serviteur de l’intérêt commun. Le Pape Léon XIII, sur fond de subsidiarité, encourage donc l’intervention étatique dans un but de protection et de sauvegarde des intérêts des ouvriers. Mais au début du XXème siècle, dans la lettre encyclique *Quadragesimo anno* du Pape Pie XI datant du 15 mai 1931, c’est sous un tout autre angle que la subsidiarité sera présentée. Dans un contexte de tensions et de guerres, ce texte insiste cette fois sur les dangers d’un excès d’interventionnisme, tout particulièrement, « *à travers l’idée d’une césure entre les affaires de moindre importance, la gestion prosaïque, l’intendance du quotidien confiées*

⁹ M. SCHMITT, *Autonomie collective des partenaires sociaux et principe de subsidiarité dans l’ordre juridique communautaire*, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 2009, p. 90.

¹⁰ Voir, notamment, F. GALLON, *Collégialité & Subsidiarité : un principe-dual pour l’action - Des organisations durables dans un environnement complexe*, thèse de doctorat à L’Ecole centrale de Paris, 2013 ; B. FRANCE-LANORD et C. VANNIER, *Vers une entreprise libérée : centralité et subsidiarité*, l’Harmattan, 2014 ; F. DE BUTLER, « Le principe de subsidiarité dans l’entreprise », in *La lettre du centre d’études des entreprises*, 2005, n°53, p. 1 et suiv. (disponible sur <http://www.cee-management.com/fichs/10164.pdf>).

¹¹ Pour une analyse récente, voir par exemple J-Y. NAUDET, « Société civile et subsidiarité : l’apport de Benoît XVI », in J. BICHOT, P. COULANGE et B. LARGILLIER et al., *La subsidiarité*, Presses universitaires d’Aix-Marseille, 2014, pp. 23-36.

¹² Voir, en ce sens, C. DELSOL, « Les fondements anthropologiques du principe de subsidiarité », disponible sur : <http://www.chantaldelsol.fr>. Voir également C. MILLION-DELSOL, *Le principe de subsidiarité*, PUF, coll. « Que-sais-je ? », 1993, p. 36. L’auteur explique que « *l’application du principe requiert partout les mêmes conditions anthropologiques et philosophiques* » que sont « *la confiance dans la capacité des acteurs sociaux et dans leur souci de l’intérêt général* » ainsi que « *l’intuition selon laquelle l’autorité n’est pas détentrice par nature de la compétence absolue quant à la qualification et quant à la réalisation de l’intérêt général* ». A ces deux conditions s’ajoute une dernière d’ordre sociologique qu’est « *la volonté d’autonomie et d’initiative des acteurs sociaux, ce qui suppose que ceux-ci n’aient pas été préalablement brisés par le totalitarisme ou infantilisés par un Etat paternel* ».

¹³ M. SCHMITT, *Autonomie collective des partenaires sociaux et principe de subsidiarité dans l’ordre juridique communautaire*, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 2009, p. 52.

¹⁴ C. GRZEGORCZYK, *La théorie générale des valeurs et le droit*, LGDJ, coll. Bibliothèque de philosophie du droit, 1982, p. 271.

aux groupements de rang inférieur, et les causes majeures [...] qui n'appartiennent qu'à l'autorité politique »¹⁵.

5. Mais au-delà de ce simple rôle de propagateur de la subsidiarité dans les domaines économiques et sociaux, il est possible de constater l'application du principe de subsidiarité au sein même de l'organisation religieuse. Le Pape Pie XII fut en effet l'un des premiers à transposer ce principe de la société civile au fonctionnement de l'Eglise catholique en reprenant, notamment, l'essence de la subsidiarité exposée et développée par le Pape Pie XI dans son encyclique *Quadragesimo Anno*. Lors de son allocution *Beatissimus Pater* du 20 février 1946, il explique ainsi que ce principe vaut tout autant pour la vie sociale que pour le fonctionnement même de l'Eglise, sans préjudice toutefois de son organisation hiérarchique¹⁶. Ce principe sera par la suite adopté à partir du synode des évêques du 28 octobre 1967¹⁷ et ce, malgré un certain nombre de controverses concernant son apport concret à l'organisation de l'Eglise. On le retrouve, entre autres, dans le texte de révision du nouveau Code de droit canonique promulgué le 25 janvier 1983¹⁸.

6. La subsidiarité est également « une idée directrice politique »¹⁹ qui trouve son expression la plus aboutie en tant que principe phare du fédéralisme²⁰. Du latin *foedus* qui signifie « alliance » ou « pacte », la fédération est définie comme un groupement de plusieurs collectivités politiques – ou Etats fédérés – en un Etat fédéral central²¹. Or, c'est généralement

¹⁵ J. BARROCHE, *Etat, libéralisme et christianisme : critique de la subsidiarité européenne*, Dalloz, 2012, p. 57.

¹⁶ Citée notamment par J-M. SIGNIE, *Paroisses et administrations des biens: Un chemin vers l'autosuffisance des Eglises d'Afrique*, L'Harmattan, 2007, p. 94.

¹⁷ Pour plus de développements, voir entre autres J-M. SIGNIE, *Paroisses et administrations des biens: Un chemin vers l'autosuffisance des Eglises d'Afrique*, op. cit., p. 94 et suiv.

¹⁸ Voir, en ce sens, C. MILLION-DELSOL, *Le principe de subsidiarité*, PUF, coll. « Que-sais-je ? », 1993, p. 52. Ce code prévoit de confier « aux droits particuliers ou au pouvoir exécutif le soin de tout ce qui n'est pas nécessaire à l'unité de la discipline de l'Eglise universelle, de manière à pourvoir convenablement à une saine décentralisation [...] en évitant tout danger de désagrégation ou de constitution d'Eglises nationales ».

¹⁹ J. SCHWARZE, « Le principe de subsidiarité dans la perspective du droit constitutionnel allemand », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 1993, p. 615.

²⁰ Le concept politique de fédéralisme est à différencier de celui de décentralisation que nous envisagerons ultérieurement (voir *infra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 1). En effet, « la caractéristique de la fédération consiste en ce que les compétences des groupes sont en général préalables, donc garanties par un contrat au moment de la création de l'Etat central, et non pas accordées par un Etat central qui s'en dessaisit, comme dans la décentralisation » voir C. DELSOL, *L'Etat subsidiaire : ingérence et non-ingérence de l'Etat : le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*, op. cit., p. 335. Pour une analyse approfondie du concept politique de fédération, voir par exemple O. BEAUD, *Théorie de la fédération*, PUF, 2007.

²¹ La notion d'Etat fédéral se définit également, de manière plus complète, comme « l'Etat composé, par opposition à l'Etat unitaire, formé soit par association d'Etats antérieurement indépendants, soit par dissociation d'un Etat antérieurement unitaire, et obéissant à 3 principes : - Superposition : l'Etat fédéral au

l'incapacité de ces Etats à faire face à certaines de leurs responsabilités qui les conduit à se regrouper et fonder un gouvernement fédéral, toutefois doté d'un rôle supplétif et donc secondaire²². Les Etats fédérés conservent ainsi une large autonomie²³ et disposent d'une organisation étatique propre, bien que non titulaires de la souveraineté dont seul est investi l'Etat fédéral central²⁴. L'origine du pouvoir revient donc aux autorités fédérées qui détiennent, de ce fait, des compétences dites de principe contrairement à l'Etat fédéral, titulaire de compétences d'attribution, déléguées et énumérées dans la Constitution fédérale²⁵. Ce système de répartition des compétences a notamment été choisi par l'Allemagne dont la Loi fondamentale dresse la liste des matières relevant de la compétence exclusive du gouvernement fédéral²⁶. Ainsi, tout ce qui n'est pas identifié comme relevant de cette compétence ou susceptible d'une intervention partagée²⁷, est réputé appartenir aux Länder qui, de par leur proximité avec les citoyens, agiront avec d'autant plus de rapidité, d'efficacité et de précision²⁸.

7. Toutefois et malgré cette détermination préalable des compétences de l'Etat fédéral, le problème du partage des compétences concurrentes reste un souci majeur du

*sens strict se superpose à une pluralité d'Etats fédérés, l'ensemble formant l'Etat fédéral au sens large ; - Participation : les Etats fédérés participent à la révision de la constitution fédérale ainsi qu'à la législation fédérale, une de ces deux assemblées représentant les Etats fédérés ; - Autonomie : les Etats fédérés disposent d'une constitution ainsi que d'une large autonomie législative, dans des domaines déterminés par la constitution fédérale », voir S. GUINCHARD et T. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 20^{ème} édition, 2013, p. 399 et la notion de fédéralisme comme « un Etat comprenant en son sein plusieurs collectivités d'apparence étatique », voir S. RIALS, *Destin du fédéralisme*, LGDJ, 1986, p. 9.*

²² C. DELSOL, *L'Etat subsidiaire : ingérence et non-ingérence de l'Etat : le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*, op. cit., p. 337.

²³ Voir, entre autres, F. SAINT-OUEN, *Le fédéralisme*, Gollion, Infolio éditions, 2005, p. 18 qui explique que « la réalité du fédéralisme met directement en jeu l'idée d'autonomie ». Les Etats fédérés disposent par exemple de la liberté de choisir leur propre législation pour toutes les matières qui relèvent de leurs compétences. Voir, entre autres, B. PAUVERT, *Droit Constitutionnel : Théorie générale - Ve République*, Jeunes Editions, 2004, p. 74.

²⁴ Voir, entre autres, O. GOHIN, *Droit constitutionnel*, Lexis Nexis Litec, 2010, p. 74. L'auteur précise, en effet, que « l'Etat fédéral est le seul véritable Etat dès lors que c'est lui qui stocke la souveraineté tant extérieure qu'intérieure, les composantes fédérées devant se contenter d'exercer les compétences qui sont les leurs, selon la clé de répartition établie par la seule Constitution fédérale, même si elles sont de principe ». Pour de plus amples développements, voir également D. BARANGER, *Le droit constitutionnel*, PUF, 6^{ème} édition, 2013, p. 57 et suiv.

²⁵ Dans des cas plus rares, il existe un deuxième système de répartition des compétences selon lequel la Constitution dresse la liste des compétences des Etats fédérés (comme en Inde ou au Canada), tous les autres domaines relevant par conséquent de la compétence de l'Etat fédéral. Voir B. PAUVERT, *Droit Constitutionnel : Théorie générale - Ve République*, Jeunes Editions, 2004, p. 74.

²⁶ Voir l'article 73 de la Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne.

²⁷ Voir les articles 72 et 74 de la Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne.

²⁸ C. DELSOL, *L'Etat subsidiaire : ingérence et non-ingérence de l'Etat : le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*, op. cit., p. 337 : « Les compétences appartiennent naturellement, et sans réclamer aucune justification de raison, aux collectivités de proximité. Les compétences de l'Etat fédéral doivent au contraire recevoir justification, car elles émergent d'une nécessité seconde ».

fédéralisme. En effet, il n'existe pas de « *théorie figée de l'attribution des compétences* »²⁹. En matière de fédéralisme, tout est donc « *question d'équilibre* »³⁰ : un équilibre entre la volonté de privilégier une liberté d'action, de proximité, d'autonomie, alors favorable à l'exercice des compétences par les Etats fédérés, et la recherche d'une sécurité et solidarité, favorable à la dévolution des compétences au pouvoir central³¹. Le Professeur Chantal MILLION-DELSOL insiste, tout particulièrement, sur « *la dialectique de l'intérêt général national et de l'autonomie régionale [qui] rend ce système extrêmement complexe et engendre à tout propos des conflits de compétences* »³². Ainsi, lorsqu'une tâche dépasse la seule dimension régionale ou lorsque l'intérêt d'un Etat fédéré empiète sur celui des autres, l'Etat fédéral doit intervenir pour « *préserver le bien commun national, même au détriment du bien commun* »³³ régional. Le principe de subsidiarité a donc pour rôle de déterminer quelle est l'autorité la plus compétente dans l'exercice de telle ou telle responsabilité.

8. La subsidiarité est, enfin, un principe nouvellement juridique ou tout du moins un principe employé dans le cadre de la sphère juridique, que cela soit en droit national, en droit de l'Union européenne, en droit international public ou en droit international des droits de l'homme³⁴.

9. Principe philosophique, politique mais aussi juridique, la subsidiarité cherche donc à ordonner des compétences partagées entre diverses autorités, dans l'objectif de garantir une plus grande efficacité de l'action, en fonction très généralement du critère de « *proximité* »³⁵. En effet, face à un enchevêtrement des compétences et des responsabilités, la subsidiarité suppose, avant tout, que « *l'échelon le plus bas n'abandonne à l'échelon supérieur que ce qui est strictement nécessaire et, a contrario, la compétence de la collectivité supérieure s'étend aux fonctions qu'elle peut remplir de manière plus efficace que les communautés de base* »³⁶. Toute la difficulté de ces propos introductifs résidera donc, tout

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*, p. 220.

³¹ *Ibid.*

³² C. MILLION-DELSOL, *Le principe de subsidiarité*, PUF, coll. « Que-sais-je ? », 1993, p. 41.

³³ *Ibid.*

³⁴ Pour plus de détails, voir *infra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.

³⁵ D'ailleurs, la subsidiarité se voit souvent rapprochée et définie par l'expression de « *gouvernance de proximité* ». Voir J-L. QUERMONNE, *L'Europe en quête de légitimité*, Presses de Sciences Po, 2001, p. 96.

³⁶ M. CHEMILLIER-GENDREAU, *Le principe de subsidiarité : enjeu majeur, débat confus*, Le Monde Diplomatique, édition de juillet 1992, p. 13.

d'abord, dans la définition et la compréhension de la notion de subsidiarité afin d'autant mieux saisir, ensuite, le sens et la portée de ce principe, en droit de la Convention européenne des droits de l'homme. L'analyse approfondie des termes du sujet de thèse (§. 1) nous permettra donc de nous interroger sur l'intérêt et les enjeux d'une telle étude ainsi que d'appréhender et développer la problématique sous-jacente (§. 2).

§1- L'analyse des termes du sujet

10. Analyser les termes du sujet suppose, d'une part, d'apprécier l'objet de cette étude visant « le principe de subsidiarité » et donc d'appréhender la notion même de subsidiarité (A). La notion de principe sera, quant à elle, ultérieurement analysée³⁷, l'identification de la dimension principielle de la subsidiarité étant l'une des principales problématiques de la présente étude. L'analyse des termes du sujet suppose, d'autre part, de déterminer le champ de cette étude qui se limite, pour l'essentiel, au « droit de la Convention européenne des droits de l'homme » (B).

A- L'objet de l'étude : « Le principe de subsidiarité... »

11. Dans la mesure où l'enjeu de cette étude vise à identifier le principe de subsidiarité d'une part, et que le flou sémantique et juridique de ce principe nous semble prendre source dans la complexité même de la notion de subsidiarité d'autre part, une analyse substantielle de l'acception générale de cette notion s'avère nécessaire (1) en tant que prémices à l'indétermination de la subsidiarité conventionnelle (2).

1- La notion de subsidiarité dans son acception générale

12. La notion de subsidiarité « *implique d'une part, l'idée d'un élément auxiliaire, secondaire, par rapport à un élément principal et d'autre part, l'idée d'une intervention d'un acteur d'appoint à titre de soutien* »³⁸. Or, découle de cette fonction de coordination, un

³⁷ Voir *infra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 1.

³⁸ M. SCHMITT, *Autonomie collective des partenaires sociaux et principe de subsidiarité dans l'ordre juridique communautaire*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2009, p. 45.

double constat. Tout d'abord, la subsidiarité semble partagée entre deux éléments ou objectifs *a priori* concurrents et se voit, par conséquent, dotée d'une ambivalence³⁹ naturelle (a), source de confusions. Précisons, sur ce point, que même si les termes de « notion » et de « concept » ne sont pas synonymes⁴⁰, ils feront présentement l'objet d'une utilisation simultanée dans la mesure où la subsidiarité est à la fois une notion⁴¹ qui, parce que précisée, déterminée et expérimentée, devient également un concept⁴². Ensuite, la notion de subsidiarité apparaît d'autant plus complexe que ses critères de définition souffrent d'une indétermination évidente (b).

a- L'ambivalence du concept de subsidiarité

13. Qualifiée de « *concept à géométrie variable* »⁴³ ou « *à double facette* »⁴⁴, la subsidiarité est manifestement malléable et ambiguë car poursuivant deux objectifs *a priori* opposés : sauvegarder l'exercice d'un maximum de compétences de l'échelon inférieur, tout en imposant à l'autorité supérieure d'intervenir en cas de besoin. Or, comment concilier l'impératif de respect de l'autonomie du niveau inférieur avec l'obligation d'intervention incombant au niveau supérieur ? Comment coordonner des exigences *a priori* contradictoires,

³⁹ Au sens « *de ce qui a deux aspects radicalement différents ou opposés* ». Voir le dictionnaire *Le petit Larousse*, édition 2012, p. 38.

⁴⁰ Voir A. COMTE-SPONVILLE, *Dictionnaire philosophique*, PUF, coll. « Perspectives critiques », 2001, pp. 122 et 123 : « *S'il faut les distinguer, comme la langue y invite, on considèrera que la notion est ordinairement plus vague ou plus vaste, le concept plus précis ou plus strict. [...] D'autres différences en découlent. La notion est déjà donnée ; le concept, produit. La notion est le résultat d'une certaine expérience ou d'une certaine éducation* ». Ainsi, le concept a une détermination plus rigoureuse et plus précise que la notion. Pour plus de détails sur la différenciation des termes de « notion » et « concept », voir, entre autres, X. BIOY, « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction », in G. TUSSEAU (dir.), *Les notions juridiques*, Economica, coll. « Etudes juridiques », 2009, n°31, pp. 21-53 et F-P. BENOIT, « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique. Les leçons de la Philosophie du droit de Hegel », in *Mélanges Gustave PEISER*, PUG, 1995, pp. 23-38. Notons toutefois que certains auteurs choisissent volontairement de ne pas distinguer « concept » et « notion » dans le cadre de leurs travaux : M. BOUMGHAR, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Pedone, 2010, p. 22 ; Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1987, p. 25.

⁴¹ Entendue comme l'« *idée générale et abstraite d'une chose. D'un point de vue logique, la notion est le fondement de toute définition et de tout exercice dialectique [...], elle constitue l'unique critère de vérité permettant la formulation d'une définition* » in A. JACON (dir.) *Encyclopédie philosophique universelle, les notions philosophiques*, vol 2 dirigé par S. AUROUX, 1990, p. 57 ; ou encore comme l'« *idée générale moins déterminée que le concept mais possédant comme lui compréhension et extension* » in C. GODIN, *Dictionnaire de philosophie*, Fayard, éditions Du temps, 2004, p. 884.

⁴² Défini, selon l'interprétation empiriste la plus courante, comme « *une idée générale désignée par un mot [...]. Un concept est le produit d'une abstraction* », in C. GODIN, *Dictionnaire de philosophie*, op. cit., p. 228.

⁴³ J-B. D'ONORIO, « La subsidiarité, analyse d'un concept », in J-B. D'ONORIO (dir.), *La subsidiarité. De la théorie à la pratique*, Téqui, 1995, p. 27.

⁴⁴ F. THOMA, *Le principe de subsidiarité en droit communautaire*, Centre universitaire de Luxembourg, 1998, p. 34 qualifie la subsidiarité de notion « *à double facette* » dans la mesure où elle « *ne se limite pas à l'exigence totalement négative d'abstention de la part des niveaux supérieurs mais [...] réclame leur suppléance positive en cas d'insuffisance réelle* ».

bien qu'inhérentes à une même notion ? Cette « *dualité apparente* »⁴⁵ du concept de subsidiarité – source d'une embarrassante ambivalence – semble, à première vue, difficilement surmontable. Et si la conciliation d'exigences antinomiques s'avère finalement envisageable, cette contradiction initiale nuit de toute manière à la compréhension de la notion de subsidiarité. L'ambivalence du concept trouve donc sa source dans la tension existant entre les deux dimensions de la subsidiarité : une dimension négative, protectrice de l'autonomie du niveau inférieur (i) et une dimension positive, imposant une obligation d'intervention au soutien de l'entité inférieure (ii). Du fait de cette ambivalence, la subsidiarité propose donc « *une vision de l'Etat qui prétend se situer à mi-chemin entre la conception libérale de l'Etat-gendarme et la conception sociale de l'Etat-providence* »⁴⁶.

i. La subsidiarité négative

14. L'essence du concept de subsidiarité négative a été parfaitement exprimée, dès 1931, par le Pape PIE XI au travers de ces quelques mots : « *De même qu'on ne peut enlever aux particuliers pour les transférer à la communauté, les attributions dont ils sont capables de s'acquitter de leur seule initiative et par leurs propres moyens, ainsi ce serait commettre une injustice en même temps que troubler de manière très dommageable l'ordre social, que de retirer aux groupements d'ordre inférieur, pour les confier à une collectivité plus vaste et d'un rang plus élevé, les fonctions qu'ils sont en mesure de remplir eux-mêmes* »⁴⁷. En découle une subsidiarité ne devant être, en aucun cas, une excuse pour affaiblir – voire asservir – une communauté ou un individu en le privant de ses attributions naturelles qu'il est à même d'exercer seul. La subsidiarité négative impose donc une limite à l'intervention de l'entité supérieure s'agissant d'actions pouvant être correctement accomplies par un groupement inférieur.

⁴⁵ M. SCHMITT, *Autonomie collective des partenaires sociaux et principe de subsidiarité dans l'ordre juridique communautaire*, op. cit., p. 72.

⁴⁶ J. BARROCHE, *Etat, libéralisme et christianisme : critique de la subsidiarité européenne*, Dalloz, 2012, p. 62.

⁴⁷ *Conditions des ouvriers et Restauration sociale*, Léon XIII, *Rerum Novarum*, 15 mai 1891, Pie XI, *Quadragesimo anno*, 15 mai 1931, Saint-Cénéry, Édition Saint-Michel, Coll. Discours du Pape et Chronique romaine, sans date, reprint de E. Marry, *La Communauté humaine*, Fribourg, Editions Saint-Paul, 1949, § 572, pp. 78 et 79, cité par A. PELLISSIER TANON, « La subsidiarité, ce qu'elle n'est pas, ce qu'elle devrait être », Extraits de *Liberté économique et Progrès social*, le bulletin d'information et de liaison des libéraux, 1999, n°90, pp 21 à 33, disponible sur :

http://stelladuce.typepad.fr/raoul_audouin/files/la_subsidiarit_ce_quelle_nest_pas_ce_quelle_devrait_tre.pdf.

15. Ainsi, « *la subsidiarité a pour rôle premier de protéger l'autonomie d'action des individus et des groupes contre une intervention publique arbitraire* »⁴⁸. Cette conception de la subsidiarité, soutenue notamment par le courant libéral, appelle une restriction des pouvoirs de l'autorité publique – voire son abstention – et ne justifie son intervention qu'exceptionnellement, lorsque l'entité inférieure n'est pas en mesure de satisfaire ses propres besoins. L'Etat voit ses fonctions cantonnées au seul rôle de suppléant, dans le but d'encourager l'initiative et l'autonomie des plus petits, et surtout d'éviter l'instauration de politiques d'assistanat. En effet, aux origines de ce concept se trouve une pensée selon laquelle « *l'homme est capable et seule son action enrichit son existence* »⁴⁹. La subsidiarité est donc faite pour encourager l'individu à grandir, à agir et gagner en indépendance, car « *priver un individu de l'acte qu'il pourrait accomplir, c'est le diminuer* »⁵⁰. La sauvegarde de l'autonomie⁵¹, favorable à l'épanouissement de l'individu, apparaît donc au fondement du concept de subsidiarité qui n'impose un soutien qu'à mesure des insuffisances constatées. D'un côté, l'individu ne doit pas se décharger sur l'Etat et de l'autre, l'Etat ne doit pas céder face à la demande abusive des individus⁵².

16. Cette dimension négative du concept de subsidiarité peut s'analyser en une sorte de devoir de non-ingérence de l'autorité publique supérieure, dans la gestion d'affaires pouvant être réglées et administrées par le niveau inférieur. Cependant, l'individu n'est généralement capable de subvenir à ses besoins que dans des domaines qui lui sont proches, d'où l'attribution d'une compétence prioritaire de principe à l'instance la plus proche de l'action à accomplir⁵³. En effet, grâce à une meilleure connaissance et compréhension des attentes et besoins, l'action à accomplir sera nécessairement plus rapide et généralement plus efficace⁵⁴. Cette volonté de proximité, que l'on retrouve d'ailleurs depuis plusieurs années au

⁴⁸ M. SCHMITT, *Autonomie collective des partenaires sociaux et principe de subsidiarité dans l'ordre juridique communautaire*, op. cit., p. 56.

⁴⁹ C. DELSOL, « Les fondements anthropologiques du principe de subsidiarité », disponible sur : <http://www.chantaldelsol.fr>.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ Pour une analyse des différentes conceptions de l'autonomie, voir par exemple : M. SCHMITT, *Autonomie collective des partenaires sociaux et principe de subsidiarité dans l'ordre juridique communautaire*, op. cit., p. 73 et suiv.

⁵² C. DELSOL, *L'Etat subsidiaire : ingérence et non-ingérence de l'Etat : le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*, Editions du Cerf, 2015, p. 333.

⁵³ F. LEURQUIN-DE VISSCHER, « Existe-t-il un principe de subsidiarité ? », in DELPEREE Francis (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruylant, 2002, p. 23.

⁵⁴ Voir, par exemple, F. THOMA, *Le principe de subsidiarité en droit communautaire*, Centre universitaire de Luxembourg, 1998, p. 32 qui affirme que « *l'intervention étatique est néfaste, non seulement par la mentalité d'assistance qu'elle crée, mais aussi du fait qu'elle est souvent inefficace par rapport aux besoins effectifs car approximative à cause de l'éloignement entre le prestataire et le destinataire* » ou F. LEURQUIN-DE

sein d'expressions diverses et variées – « juridiction de proximité », « police de proximité », « commerce de proximité » etc. – est parfois identifiée comme un véritable *principe* de proximité, malgré une portée juridique contestée⁵⁵. Elle a notamment donné naissance à la notion de groupes ou de corps intermédiaires⁵⁶ qui, parce qu'ils constituent des intermédiaires au pouvoir central, des échelons hiérarchisés autonomes et complémentaires, servent la logique de subsidiarité. Cela étant, avec l'évolution des sociétés, l'émergence du libéralisme et de l'individualisme⁵⁷, les corps intermédiaires tendent à disparaître. Ainsi, la facette négative de la subsidiarité – visant à défendre la liberté face à l'autorité et donnant, en ce sens, priorité au principe d'initiative face au principe de suppléance – se verra de plus en plus concurrencée par sa dimension positive.

ii. La subsidiarité positive

17. La dimension positive de la subsidiarité découle d'une conception soutenue par le courant socialiste⁵⁸ et s'avère, cette fois-ci, favorable à la définition d'un Etat-Providence⁵⁹. A l'inverse de la subsidiarité négative qui incite à l'abstention de l'autorité supérieure, découle de la subsidiarité positive, une obligation d'intervention au soutien de l'acteur primaire lorsqu'il est défaillant ou insuffisant. Ainsi, la subsidiarité implique également « *un aspect positif d'intervention et de secours effectif* »⁶⁰. L'intrusion du pouvoir supérieur est donc uniquement légitime grâce à l'utilité qu'il apporte au groupement ou à la société défaillante dans l'exercice d'une tâche précise. C'est cette incapacité qui l'autorise – et même lui impose – d'intervenir, tout en limitant son action aux seuls besoins, « *faute de quoi il*

VISSCHER, « Existe-t-il un principe de subsidiarité ? », *op. cit.*, p. 23 selon laquelle « *les décisions de proximité qui en résultent se révèlent plus performantes tant pour l'identification des besoins que pour les solutions tout à la fois plus appropriées, plus économiques et plus humaines qu'elles leur apportent* ».

⁵⁵ Voir, par exemple, D. GADBIN, « L'association des partenaires économiques et sociaux organisés aux procédures de décision en droit communautaire », *RTDE*, 2000, p. 1 et qui renvoie à l'article 1 TUE : « *Le présent traité marque une nouvelle étape dans le processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe, dans laquelle les décisions sont prises le plus près possible des citoyens* ».

⁵⁶ Cette expression, notamment soutenue par la pensée catholique sociale, fait référence aux diverses communautés politiques et sociales existant entre les individus et l'Etat, tels que des associations, des syndicats, des collectivités locales etc.

⁵⁷ Nombreux sont ceux ayant décrié et stigmatisé l'instauration progressive d'un pouvoir central. Voir, par exemple, *L'Ancien Régime et la Révolution* d'Alexis de TOCQUEVILLE.

⁵⁸ M. SCHMITT, *Autonomie collective des partenaires sociaux et principe de subsidiarité dans l'ordre juridique communautaire*, *op. cit.*, p. 64.

⁵⁹ Au sens d'un « Etat social » (pour reprendre la formule utilisée par R. CASTEL, *Les métamorphoses de la question sociale. Chronique du salariat*, Fayard, 1995, p. 280 et suiv.) dont le champ de compétences est étendu à des matières économiques et sociales, afin qu'il puisse prendre notamment en charge certains besoins sociaux.

⁶⁰ F. THOMA, *Le principe de subsidiarité en droit communautaire*, *op. cit.*, p. 35.

devient usurpateur »⁶¹. Cette inversion quasi-antinomique du concept de subsidiarité⁶² impose désormais, au niveau supérieur, un *devoir* de secours ou d'ingérence dans les affaires du niveau inférieur et suppose, qu'en cas d'incapacité de celui-ci, la subsidiarité fera fi de son sens premier visant à favoriser l'autonomie⁶³.

18. Dans cette hypothèse, la subsidiarité positive peut s'analyser en une sorte de devoir de suppléance⁶⁴ puisqu'en dernier lieu, c'est « *l'autorité supérieure [qui] se trouve être responsable de garantir la réalisation de l'intérêt général* »⁶⁵. L'enseignement social de Jean XXIII met justement l'accent sur la dimension positive de la subsidiarité et le devoir d'intervention de l'Etat⁶⁶. En effet, lorsque les actions excèdent la capacité des entités les plus petites, le principe de suppléance prescrit l'intervention de l'autorité supérieure mais toujours dans le respect des limites induites par la subsidiarité. Même si l'idée de suppléance invite donc à l'immixtion de l'Etat dans la gestion des affaires d'une entité inférieure, elle vise également « *à poser une limite [...] à l'action de l'Etat* »⁶⁷. Ainsi, le concept de subsidiarité, dans sa dimension positive, est en lien avec l'idée de solidarité : il évite l'individualisme en incitant le soutien des plus petits par un groupement plus important, sans pour autant les écraser ou les absorber, ni même tomber dans un excès d'assistanat qui aurait pour origine une solidarité sans subsidiarité et serait fortement préjudiciable à l'individu.

19. Malgré un caractère *a priori* antinomique, ces deux dimensions de la subsidiarité – négative et positive – ne doivent toutefois pas être perçues comme inconciliables, mais plutôt comme complémentaires. L'autorité supérieure « soutient » l'autorité inférieure et, à

⁶¹ C. DELSOL, *L'Etat subsidiaire : ingérence et non-ingérence de l'Etat : le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*, op. cit., p. 40.

⁶² M. SCHMITT, *Autonomie collective des partenaires sociaux et principe de subsidiarité dans l'ordre juridique communautaire*, op. cit., p. 78.

⁶³ C'est pourquoi, Joël-Benoît d'ONORIO dans « La subsidiarité, analyse d'un concept », in J-B. D'ONORIO (dir.), *La subsidiarité. De la théorie à la pratique*, Téqui, 1995, p. 13, explique que lorsqu'« on dit que cette action est "seconde", il ne faut pas comprendre "secondaire", encore moins accessoire comme l'adjectif subsidiaire pourrait le laisser penser de prime abord, mais il faut entendre "complémentaire" ou "supplétive" ».

⁶⁴ Ce concept de suppléance apparaît au XVII^{ème} siècle, notamment chez Johannes ALTHUSIUS et John LOCKE.

⁶⁵ F. LEURQUIN-DE VISSCHER, « Existe-t-il un principe de subsidiarité ? », op. cit., p. 23.

⁶⁶ J-Y. CALVEZ, *Eglise et société économique. L'enseignement social de Jean XXIII*, études publiées sous la direction de la Faculté de théologie de Lyon – Fourvière, Paris, Editions Aubier-Montaigne, 1963, p. 68. L'auteur affirme que « l'intervention du pouvoir civil est [...] nécessaire pour promouvoir un juste accroissement de la production, en vue du progrès social et au bénéfice de tous les citoyens. Cette intervention de l'Etat pour encourager, stimuler, coordonner, suppléer et intégrer s'appuie sur le principe de subsidiarité ».

⁶⁷ C. DELSOL, *L'Etat subsidiaire : ingérence et non-ingérence de l'Etat : le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*, op. cit., p. 122.

l'inverse, cette dernière « soulage » l'entité supérieure qui peut ainsi se concentrer et assurer efficacement les seules tâches qui lui incombent et qui ne peuvent être accomplies à un degré inférieur. Le plus haut niveau n'est donc pas indispensable, dès lors que l'entité inférieure est aussi nécessaire à la correcte réalisation de l'action. Pour résumer, la subsidiarité tend à promouvoir l'initiative – valorisant l'autonomisation de l'individu du niveau inférieur – tout en assurant son secours, tout en suppléant la défaillance occasionnelle. L'objectif de la combinaison « principe de subsidiarité/principe de suppléance » ou encore de la mise en balance de l'impératif de non-intervention avec l'obligation d'intervention, n'est donc que d'identifier le niveau d'action le plus approprié pour intervenir. Toute la subtilité d'une bonne compréhension et application de la subsidiarité réside donc dans le juste équilibre à définir entre défaut et excès de soutien. Selon la doctrine, « *cette conception laisse apparaître toutes les potentialités du principe de subsidiarité, au risque toutefois d'être considéré comme une notion "fourre-tout"* »⁶⁸. Il nous semble, en effet, que l'ambivalence naturelle du concept de subsidiarité – source d'une évidente complexité – offre également au principe une malléabilité et adaptabilité qui peut lui être parfois très profitable⁶⁹.

20. Cela étant et dans le but de dépasser les divergences d'interprétation, retenons que la subsidiarité a tout simplement un rôle de coordination d'un élément premier et subsidiaire, « *un rôle de conciliateur de l'autonomie et de l'autorité* »⁷⁰. Toutefois, cette première limite dépassée, il reste particulièrement délicat d'exercer cette conciliation, de trouver l'équilibre nécessaire au juste respect de la subsidiarité et, dans le même sens, d'identifier quels sont le ou les critères justifiant le déclenchement de l'action subsidiaire.

b- L'indétermination des conditions du déclenchement de l'action subsidiaire

21. Nombreux sont les auteurs qui soulignent les risques d'un recours à la subsidiarité sans qu'aucun critère de définition ne soit précisément et juridiquement identifié,

⁶⁸ M. SCHMITT, *Autonomie collective des partenaires sociaux et principe de subsidiarité dans l'ordre juridique communautaire*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2009, p. 102.

⁶⁹ Prenons l'exemple de l'Union Européenne où la subsidiarité a permis de surmonter les résistances de certains Etats, opposés à l'introduction de la dimension fédéraliste dans les traités communautaires. Ils ont ainsi accepté d'y introduire le concept de subsidiarité qui met tout le monde d'accord, grâce à son ambiguïté servant tout aussi bien le respect de la compétence de principe des Etats souverains, qu'une possible extension des compétences de l'Union. Voir, en ce sens, P. TAVERNIER, « De la subsidiarité et de quelques notions voisines. Pérégrinations entre le droit international et le droit européen », in *La France, l'Europe et le monde. Mélanges en l'honneur de Jean CHARPENTIER*, Pedone, 2008, pp. 227 et 228.

⁷⁰ M. SCHMITT, *Autonomie collective des partenaires sociaux et principe de subsidiarité dans l'ordre juridique communautaire*, op. cit., p. 76.

ni qu'un contrôle de sa correcte application ne soit exercé⁷¹. Or, dans cette hypothèse, l'Etat est libre d'« *apprécier arbitrairement les conditions du déclenchement de son action* »⁷². De par son ambivalence, la subsidiarité se voit en effet partagée entre deux hypothèses. Soit elle poursuit l'objectif d'une plus grande démocratie en favorisant le niveau d'action le plus proche du citoyen et se fonde alors sur le critère de l'insuffisance ou de la défaillance du niveau inférieure (i). C'est le choix d'une subsidiarité-proximité. Soit elle tend vers une meilleure réalisation de l'action et se fonde alors sur le critère de la plus grande efficacité de l'autorité supérieure (ii). C'est le choix d'une subsidiarité-efficacité. Reste enfin à définir la relation qui existe entre ces deux critères potentiels, semblant faire l'objet d'une articulation des plus incertaines (iii).

i. Le critère de l'insuffisance ou de la défaillance du niveau inférieur

22. L'insuffisance ou la défaillance du niveau inférieur est souvent perçue comme le critère déterminant le déclenchement de l'action subsidiaire dans la mesure où la compétence doit être exercée par l'acteur le plus proche des questions à traiter⁷³. Pourtant, l'interrogation est loin d'être dénuée de tout fondement. Pour un exemple concret de l'indétermination des critères de définition, prenons le cas de la subsidiarité en droit de l'Union européenne⁷⁴, consacrée par l'article 5 alinéa 3 TUE en ces termes : « *l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union* ». Du fait de cette formulation ambiguë, différentes questions se posent : « *Qu'est-ce que la " réalisation suffisante " d'un objectif ? Qu'est-ce qu'une " meilleure réalisation " ? Où situer la limite entre " ce qui est nécessaire " pour atteindre un objectif et ce qui constitue*

⁷¹ Voir, en plus des citations ultérieures de M. SCHMITT et F. THOMA, B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, Dalloz, 3^{ème} édition, 2014, p. 507 et F. LEURQUIN-DE VISSCHER, « Existe-t-il un principe de subsidiarité ? », *op. cit.*, p. 24 qui souligne qu'à « *l'ambiguïté des implications et du champ d'application du principe, s'ajoute encore celle qui affecte le critère qui délimite la frontière entre le devoir de non-intervention de l'autorité et celui de son intervention* ».

⁷² M. SCHMITT, *Autonomie collective des partenaires sociaux et principe de subsidiarité dans l'ordre juridique communautaire*, *op. cit.*, p. 78.

⁷³ F. LEURQUIN-DE VISSCHER, « Existe-t-il un principe de subsidiarité ? », *op. cit.*, p. 24.

⁷⁴ Le choix de réaliser une analyse comparative le plus souvent avec le droit de l'Union européenne se justifie par le fait que cette matière constitue, par excellence, le terreau d'émergence de la subsidiarité.

*une contrainte superflue ? »*⁷⁵. Bref, qui des Etats ou de l'Union est donc le mieux placé pour agir efficacement dans la réalisation des objectifs de la Communauté⁷⁶ ? Le critère de l'insuffisance du niveau étatique semble toutefois se dessiner comme la condition privilégiée. En effet, découle de l'affirmation selon laquelle « *l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres* », une obligation pour l'Union européenne d'intervenir en cas de carence ou d'inefficacité des Etats membres. Cette interprétation est notamment confirmée par le Professeur Valérie MICHEL qui affirme que la légitimité de l'intervention communautaire résulte de « *la preuve que les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les Etats* »⁷⁷.

23. Mais au-delà de la question tenant au choix du critère de définition de la subsidiarité, se pose une autre difficulté – et pas des moindres – celle tenant à l'appréciation de ce critère. Celui-ci semble à première vue reposer sur une appréciation plutôt objective⁷⁸ et se définir grâce à la notion de capacité des intervenants⁷⁹. En effet, l'action de l'entité supérieure apparaît se déployer uniquement dans les limites de l'incapacité ou de l'inaptitude de l'acteur primaire à remplir pleinement les objectifs demandés⁸⁰. Ce serait donc le couple « capacité/incapacité » qui permettrait de déterminer à partir de quel moment il est insuffisant – car incapable – et qui légitimerait l'action de l'intervenant subsidiaire. Toutefois, cette appréciation est d'autant plus délicate que ce constat d'incapacité peut, soit « *venir de l'acteur lui-même mais celui-ci risque de profiter de la suppléance offerte pour valider sa propre paresse* »⁸¹, soit de l'entité supérieure et « *dissimuler alors un désir d'ingérence, une volonté*

⁷⁵ Rapport n°46 de C. DE LA MALENE, *L'application du principe de subsidiarité*, Délégation du Sénat pour l'Union européenne, 1996, I.B.1.

⁷⁶ Surtout si ces objectifs sont particulièrement vagues et imprécis, voir le rapport de C. DE LA MALENE, *L'application du principe de subsidiarité*, *op. cit.*

⁷⁷ V. MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne*, L'harmattan, 2003, p. 477. Sébastien MARCIALI parle, quant à lui, du « *test de l'aptitude des Etats membres à la réalisation des objectifs de l'action communautaire envisagée* », voir S. MARCIALI, *La flexibilité du droit de l'Union européenne*, Bruylant, 2007, p. 81.

⁷⁸ Par comparaison au critère de la meilleure efficacité de l'action qui, à l'inverse, laisse place à une grande part de subjectivité. La nuance introduite par le terme « plutôt » laisse toutefois entendre qu'une certaine subjectivité existe tout de même lorsqu'il s'agit de définir et d'apprécier la capacité d'un intervenant. Voir notamment C. DELSOL, *L'Etat subsidiaire : ingérence et non-ingérence de l'Etat : le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*, *op. cit.*, pp. 168 et 169.

⁷⁹ *Ibid.* Entendu selon Chantal DELSOL comme « l'aptitude à réussir ». Précisons, toutefois, que l'auteur énonce un autre critère avant celui de la capacité : « *celui qui regarde l'ampleur de la tâche à accomplir et son objet* ». Il ne nous semble néanmoins pas résoudre la problématique de la limite entre le devoir d'ingérence et de non-ingérence contrairement à celui de la capacité.

⁸⁰ A. GOUËZEL, *La subsidiarité en droit privé*, Economica, 2013, p. 31.

⁸¹ C. MILLION-DELSOL, *Le principe de subsidiarité*, PUF, coll. « Que-sais-je ? », 1993, p. 70.

de puissance sans rapport avec le besoin »⁸². Parce que les notions d'insuffisance et d'incapacité peuvent « *laisser libre cours à toutes sortes d'excès* »⁸³ ne justifiant pas de manière légitime le déclenchement de l'action subsidiaire, elle se présente comme difficilement appréhendable et finalement empreinte d'un subjectivisme certain.

24. Cela étant, il nous semble que si le critère de la défaillance/insuffisance s'analyse comme la condition à prendre en compte, c'est avant tout car l'action du niveau inférieur est perçue comme généralement plus rapide et plus efficace – de par sa proximité et sa meilleure connaissance des enjeux à traiter – que celle du niveau supérieur. L'essence de la subsidiarité reposerait donc sur la présomption « proximité = efficacité » et, donc, sur une nouvelle composante nécessaire à l'équilibre de l'adéquation : celle de l'efficacité de l'action. Dans cette hypothèse, seul le renversement de cette présomption⁸⁴ – selon laquelle le niveau inférieur ne serait pas le plus efficace, malgré sa proximité avec les problèmes en jeu – peut justifier l'intervention d'une autorité plus éloignée. Cela confirme que le critère de l'insuffisance n'est finalement pas le seul à être pertinent, ou tout du moins, cette considération laisse planer le doute quant à une possible détermination du déclenchement de l'action, en fonction du critère de la plus grande efficacité du niveau supérieur.

ii. Le critère de la meilleure efficacité du niveau supérieur

25. Retenir le critère de la meilleure efficacité de l'action comme déterminant le déclenchement de l'intervention du niveau supérieur, se justifie au regard de la dialectique « proximité = efficacité », précédemment envisagée. En effet, « *un échelon de gestion plus proche du " terrain " est mieux à même de s'assurer de la pertinence d'une action, tout en étant plus aisément identifiable comme responsable de son succès ou de son échec, ce qui l'incite à se montrer plus soucieux de la valeur des résultats. L'idée de subsidiarité rejoint ainsi l'impératif d'efficacité* »⁸⁵. C'est donc bien cette dialectique qui suppose que le critère premier de l'insuffisance a pour corollaire celui de l'efficacité, si bien que l'on peut légitimement se demander si ce n'est finalement pas le critère de l'efficacité qui justifie celui de la proximité et, donc, de la « défaillance/insuffisance ». Par conséquent, la pertinence de ce

⁸² *Ibid.*

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ F. LEURQUIN-DE-VISSCHER, « Existe-t-il un principe de subsidiarité ? », in F. DELPEREE (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruylant, 2002, pp. 24 et 25.

⁸⁵ Rapport n°46 de C. DE LA MALENE, *L'application du principe de subsidiarité*, op. cit., III. A. 2. a).

nouveau critère ne doit pas être minimisée. Il implique, notamment, que soit réalisé une sorte de « *bilan coûts/avantages* »⁸⁶, nécessaire pour apprécier la légalité de l'intervention supérieure et savoir quelle est l'entité la plus à même à intervenir. L'objectif poursuivi est alors d'aboutir à la conclusion, qu'au regard de paramètres divers et variés, c'est bien l'autorité supérieure qui sera la plus efficace dans son action, d'où son intervention.

26. Ce critère de définition est envisagé dans différentes branches du droit.

L'article 72 alinéa 2 de la Constitution française prévoit, par exemple, que « *les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon* »⁸⁷. Cette idée de « la meilleure mise en œuvre » renvoie, ainsi, à la volonté d'une répartition des compétences selon le niveau territorial le mieux placé pour agir et donc selon un critère de la plus grande efficacité, non de leur simple proximité avec les enjeux locaux⁸⁸. Mais face à cette recherche du « mieux » comme condition de définition de la subsidiarité, un premier problème s'impose : celui de la subjectivité de son appréciation. En effet, comment apprécier la plus grande efficacité – la plus-value d'une action – sans à nouveau imposer une définition précise des éléments objectifs à prendre en compte ? La crainte de voir naître, sur la base de ce critère trop vague et subjectif, des appréciations divergentes, a souvent été soulevée⁸⁹, de même que le risque d'« *interprétations imprévisibles du juge constitutionnel. Cette référence devrait donc, pour le moins, être complétée par l'énoncé de critères de répartition matérielle des*

⁸⁶ F. LEURQUIN-DE-VISSCHER, « Existe-t-il un principe de subsidiarité ? », *op. cit.*, p. 25.

⁸⁷ L'article 72 alinéa 2 de la Constitution française du 4 octobre 1958, après révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. Pour une analyse approfondie de la question, voir notamment A. DURANTHON, *Subsidiarité et collectivités territoriales. Étude sur la subsidiarisation des rapports entre État et collectivités en droit public français*, Toulouse 1 Capitole, 2015.

⁸⁸ Le principe de proximité sous-tend, néanmoins, également la logique subsidiaire dans le cadre de l'article 72 alinéa 2 de la Constitution. Voir, notamment, le rapport d'information n°679 (2010-2011) de M. Edmond HERVÉ, fait au nom de la délégation aux collectivités territoriales, déposé le 28 juin 2011, Première partie, E. 2. c), disponible sur : <http://www.senat.fr/rap/r10-679/r10-679.html>.

⁸⁹ Voir, par exemple, le Dossier intitulé « Le principe de subsidiarité dans la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 », p. 3, attaché à la décision n°2005-516 DC du 07 juillet 2005 *Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique*, Rec., p. 102 - Journal officiel du 14 juillet 2005, p. 11589 : « *il sera [donc] difficile de déterminer quelle sera la collectivité territoriale la mieux à même d'exercer les compétences transférées. Cette complexité d'appréciation du niveau idoine, dont témoigne la rédaction du présent article, risque d'aboutir à des solutions très aléatoires et de susciter un important contentieux* » ; les extraits des débats au Sénat lors de la Séance du 5 novembre 2002 publiés dans le dossier intitulé « Le principe de subsidiarité dans la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 », p. 8, attaché à la décision n°2005-516 DC du 07 juillet 2005 *Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique*, Rec., p. 102. Dans ce même rapport, René GARREC souligne à l'inverse que « *la détermination du niveau local le plus adéquat sera facilitée par la possibilité d'effectuer des expérimentations* ».

compétences »⁹⁰. Mais le Conseil Constitutionnel opère finalement un contrôle laconique et respectueux du pouvoir général d'appréciation du législateur. Il semble en effet opter pour un simple contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation et seulement vérifier que la loi en cause ne porte pas une atteinte grossière au principe sous-jacent de subsidiarité⁹¹.

En droit de l'Union Européenne, la régulation des compétences au regard de la subsidiarité s'exerce également en fonction de cette seconde condition, souvent appelée critère de « *l'amélioration qualitative* »⁹² ou « *test de l'efficacité comparative* »⁹³. L'objectif est donc d'apprécier la plus-value de l'action de l'Union vis-à-vis de celle des Etats membres. Concrètement, cette appréciation doit « *s'opérer au travers d'éléments objectifs que représentent la dimension ou les effets de l'action envisagée* »⁹⁴. Ainsi, pourront être prises en compte, la dimension locale ou, à l'inverse, transfrontalière de l'action, c'est-à-dire le champ d'application *ratione loci* de la mesure ainsi que les moyens nécessaires à sa mise en œuvre, qu'ils soient juridiques, administratifs ou encore financiers. En d'autres termes, les objectifs poursuivis doivent être mieux réalisés au niveau communautaire qu'au niveau étatique. Le Professeur Valérie MICHEL parle « *d'une corrélation entre l'inaptitude des Etats et l'aptitude de la communauté dont la mesure s'effectue en considération de la dimension et des effets de l'action envisagée* »⁹⁵.

27. Pour autant, la question de la prévalence ou de la coordination de ces deux critères⁹⁶ nous paraît devoir être posée⁹⁷ : faut-il nécessairement privilégier l'insuffisance du

⁹⁰ J. FIALAIRE, « Synthèse générale », in J. FIALAIRE (dir.), *Subsidiarité infranationale et territorialisation des normes : état des lieux et perspectives en droit interne et en droit comparé*, Presses universitaires de Rennes, 2005, p. 18.

⁹¹ Voir par exemple la Décision n°2005-516 DC du 07 juillet 2005, *Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique*, Rec., p. 102, considérant 12 : « *considérant qu'il résulte de la généralité des termes retenus par le constituant que le choix du législateur d'attribuer une compétence à l'Etat plutôt qu'à une collectivité territoriale ne pourrait être remis en cause, sur le fondement de cette disposition, que s'il était manifeste qu'en égard à ses caractéristiques et aux intérêts concernés, cette compétence pouvait être mieux exercée par une collectivité territoriale* ».

⁹² C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Litec, 5^{ème} édition, 2013, p. 464.

⁹³ V. MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne*, L'harmattan, 2003, p. 478 ; C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, op. cit., p. 464 ; A. DELCAMP, « Droit constitutionnel et droit administratif : principe de subsidiarité et décentralisation », *RFDC*, 1995, n°23, p. 619 etc.

⁹⁴ C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, op. cit., p. 464.

⁹⁵ V. MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne*, op. cit., p. 477.

⁹⁶ Précisons toutefois que certains auteurs préfèrent au critère de l'insuffisance/défaillance, celui de la liberté des personnes qui renvoie finalement, bien qu'indirectement, à la même idée de respect de l'autonomie et de l'autodétermination. Voir, par exemple, G. BERNARD, « Le principe de subsidiarité », *LPA*, n°140, 1992, p. 14, qui affirme que la subsidiarité est « *une méthode de partage ou de répartition des compétences* » reposant sur deux critères : « *le premier critère de la liberté des personnes [...] affirmant que chacun peut agir librement tant qu'il n'empiète pas ou ne heurte pas la liberté des autres. La nécessité exige d'ajouter à ce critère éthique de liberté le critère d'efficacité* ».

niveau inférieur dans la logique d'une subsidiarité négative ou bien l'efficacité de l'action, dès lors qu'elle ne va pas toujours de pair avec le principe de proximité ? Ces deux critères, sont-ils alternatifs ou bien cumulatifs ? Si les critères de définition de la subsidiarité apparaissent pour le moins indéterminés, leur articulation est, quant à elle, tout aussi incertaine.

iii. L'articulation incertaine des critères de définition de la subsidiarité

28. Si les deux critères de la subsidiarité sont souvent présentés comme entretenant une relation de cause à effet⁹⁸ – le niveau supérieur peut intervenir parce que l'autorité inférieure est insuffisante – il est toutefois possible d'imaginer que cette insuffisance puisse être dépassée, dès lors que l'entité la plus vaste est en mesure d'intervenir avec une plus grande efficacité que le niveau inférieur, pourtant non défaillant. Deux conceptions doivent donc être envisagées.

Une première conception selon laquelle les critères de la subsidiarité sont alternatifs. Ainsi, il existerait un lien de causalité entre ces deux critères qui supposerait qu'un seul doive être rempli pour, qu'automatiquement, le second soit validé. Toutefois, cette causalité ne peut-elle pas entraîner une interdépendance des critères, si bien que ce lien de cause à effet ne serait plus à sens unique mais à double sens ? Plus précisément, s'il semble logique – bien que discutable également – que le critère de l'efficacité découle de celui de l'insuffisance (le constat de la valeur ajoutée de l'action subsidiaire n'étant que la conséquence de la défaillance de l'entité inférieure⁹⁹), il est possible d'envisager que le constat d'une plus grande efficacité du niveau supérieur entraîne celui de l'insuffisance du niveau inférieur.

Une deuxième conception peut également être imaginée selon laquelle ces deux critères sont cumulatifs. Il est en effet possible d'imaginer que ces deux conditions soient, certes, imbriquées, mais non pour autant, interchangeables. La légitimité de l'action subsidiaire

⁹⁷ Voir, par exemple, l'intervention de Ségolène ROYAL lors de la deuxième séance du 22 novembre 2002 sur les débats à l'Assemblée Nationale concernant l'adoption de l'article 72 alinéa 2 de la Constitution, extrait dans le dossier intitulé « Le principe de subsidiarité dans la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 », p. 16, attaché à la décision n°2005-516 DC du 07 juillet 2005 *Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique*, Rec. p. 102 : « l'efficacité ne consiste pas forcément à être trop près. Il faut être ni trop loin ni trop près mais à la bonne distance : voilà ce que veulent les Français. Quel que soit l'endroit où se trouve celui qui détient une parcelle du pouvoir [...], ce qui importe, c'est l'efficacité, la façon dont celui-ci exerce ses compétences et accepte de coordonner son action avec celle des autres ».

⁹⁸ A. GOUËZEL, *La subsidiarité en droit privé*, op. cit., p. 24.

⁹⁹ Concernant la subsidiarité, particulièrement en droit de l'UE, voir S. MARCIALI, *La flexibilité du droit de l'Union européenne*, Bruylant, 2007, p. 82.

découlera, ici, d'une coordination cumulative de la défaillance du niveau inférieur et de la plus grande efficacité du niveau supérieur. En effet, l'insuffisance du premier niveau n'est pas toujours synonyme d'une meilleure réalisation de l'action par le niveau supérieur ou, à l'inverse, ce n'est pas parce que l'autorité supérieure est plus efficace que, nécessairement, le niveau inférieur ne pourra agir de manière satisfaisante.

29. Il n'existe cependant pas de réponse unanime à la question de l'articulation des critères de la subsidiarité, puisque celle-ci n'est jamais clairement précisée (que ce soit par les textes ou la jurisprudence) et varie en fonction de ses domaines d'application. Le droit de l'Union Européenne ne fait, par exemple, pas exception à cette problématique¹⁰⁰. En effet, le libellé de l'article 5 § 3 TUE et la conjonction de coordination « mais » ne permettent pas clairement de déterminer le rapport entre le critère de l'insuffisance étatique et celui de la plus-value communautaire, bien que le nouvel article 5 du nouveau protocole (n°2) annexé au Traité de Lisbonne¹⁰¹ semble mettre l'accent sur le critère de la plus-value communautaire¹⁰².

30. De manière générale, il apparaît délicat, voire « *illusoire, d'échafauder un quelconque critère juridique de mise en jeu* »¹⁰³ de la subsidiarité, dans la mesure où « *des considérations d'opportunité guident nécessairement les interventions des autorités publiques qui dépendent de choix politiques, mais également de l'étendue de leur capacité à suppléer l'action des groupes sociaux* »¹⁰⁴. Cette imprécision du ou des critères de définition de la subsidiarité apparaît donc difficilement surmontable, la subjectivité de leur appréciation

¹⁰⁰ Voir, par exemple, J. ROUX, *Droit général de l'Union européenne*, LexisNexis, 4^{ème} édition, 2012, p. 122 : « En évoquant l'efficacité insuffisante de l'action des Etats et de la performance meilleure d'une intervention européenne, subordonne-t-il cette dernière à deux conditions distinctes ou à une seule, simplement formulée de deux points de vue différents, étatique puis européen ? » ; C. BLUMANN et L. DUBOUI, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, op. cit., p. 464 : les Professeurs Claude BLUMANN et Louis DUBOUI insistent, eux aussi, sur le fait que « pose problème l'enchaînement ou l'articulation des deux critères ».

¹⁰¹ Article 5 du Protocole n°2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, annexé au Traité de Lisbonne (1^{er} décembre 2009) mais qui n'a toutefois pas de valeur contraignante, parle uniquement des « raisons permettant de conclure qu'un objectif de l'Union peut être mieux atteint au niveau de celle-ci [et] s'appuyant] sur des indicateurs qualitatifs et, chaque fois que c'est possible, quantitatifs » (souligné par nous).

¹⁰² C. BLUMANN et L. DUBOUI, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, op. cit., p. 465.

¹⁰³ J. FIALAIRE, « Synthèse générale », op. cit., p. 18.

¹⁰⁴ M. SCHMITT, *Autonomie collective des partenaires sociaux et principe de subsidiarité dans l'ordre juridique communautaire*, op. cit., p. 79. Ce que confirme Bertrand FAURE qui explique que « la détermination du niveau d'exercice d'une compétence procède de pures considérations de fait (économique, sociale ou de gestion) qui la font ressortir au seul domaine de l'opportunité administrative, sans exclure l'arbitraire de ceux qui s'en recommandent pour justifier la cause de toute recentralisation » ; voir B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, op. cit., p. 506.

contribuant assurément à complexifier cette notion¹⁰⁵. A défaut de pouvoir réaliser une véritable simplification de la notion – floue et vague – de subsidiarité, ces développements auront donc permis d’identifier la nature et les raisons de sa complexité, complexité qui conditionnera naturellement l’indétermination sémantique et juridique du principe conventionnel de subsidiarité.

2- La notion de subsidiarité en droit européen

31. Le principe de subsidiarité, au sens du droit de la Convention européenne, est un principe empreint d’incertitudes. Non inscrit dans le traité international d’origine, il ne fait l’objet, encore aujourd’hui, d’aucune définition ou appréciation formelle. En effet, ni la Convention ni la jurisprudence ne se risquent à définir expressément ce principe, le récent Protocole n°15 évitant lui aussi la difficulté puisqu’il consacre seulement le rôle prioritaire des Etats membres dans la garantie des droits¹⁰⁶ et opère un lien direct – mais semble-t-il critiquable¹⁰⁷ – avec la technique de la marge nationale d’appréciation, sans plus de précisions. Si le contournement d’une définition – délicate – de la subsidiarité est désormais très certainement volontaire, il est peu probable que son absence originaire relève d’un pur oubli de la part des rédacteurs de la Convention, qui l’avaient toutefois implicitement inscrite dans le texte au titre de sa seule dimension procédurale. Nous supposons donc plutôt qu’au sortir de la 2^{nde} guerre mondiale, face à l’atrocité des crimes commis et au profond traumatisme général engendré, la question d’une protection des souverainetés étatiques n’était nullement la priorité contrairement à la volonté commune d’une garantie de paix et d’harmonisation des droits de l’homme en Europe.

¹⁰⁵ L’hypothèse d’un contrôle juridictionnel a souvent été envisagée comme permettant de garantir l’application du volet négatif de la subsidiarité afin de « *sauver l’autonomie* ». Voir, en ce sens, M. SCHMITT, *Autonomie collective des partenaires sociaux et principe de subsidiarité dans l’ordre juridique communautaire*, op. cit., p. 79. A défaut d’un tel contrôle, les deux volets de la subsidiarité se confrontent et la dimension positive prend nécessairement le pas sur la dimension négative, limitant sensiblement la conception initiale de la notion de subsidiarité. Pour plus de précisions sur la question de la justiciabilité du principe de subsidiarité, voir *infra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2.

¹⁰⁶ Article 1 du Protocole n° 15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des Droits de l’Homme et des Libertés fondamentales. Même si ce Protocole n’est pour l’heure pas entrée en vigueur en raison de sa qualité de protocole d’amendement, exigeant donc une ratification de l’ensemble des Etats membres, il nous semble que cette entrée en vigueur ne devrait toutefois pas se voir, à terme, compromise, dans la mesure où le Protocole n°15 est globalement favorable aux Etats et qu’il n’existe donc aucune raison apparente justifiant que les Etats ne le ratifient pas.

¹⁰⁷ Voir *infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, § 1, B, 2.

32. Ainsi, puisque tout l'enjeu de cette étude résidera donc dans l'identification objective et empirique de ce principe, il apparaît dès lors inopportun de proposer, en amont de la recherche, une définition – nécessairement subjective – du principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne. Néanmoins, précisons que, de manière générale, la subsidiarité envisagée en droit européen des droits de l'homme implique « *une application décentralisée de la Convention* »¹⁰⁸, si bien que « *les autorités nationales sont libres de choisir les mesures qu'elles estiment appropriées dans les domaines régis par la Convention* »¹⁰⁹. Parce qu'elle est, par ailleurs, « *l'expression d'une répartition claire des compétences et des responsabilités entre la Cour et les juridictions internes* »¹¹⁰, elle confie « *en premier lieu, aux autorités nationales, le soin d'assurer la jouissance des droits et libertés qu'elle consacre* »¹¹¹, la Cour n'ayant donc qu'un rôle subsidiaire dans la protection des droits garantis.

33. Si l'identification de ce principe se présente donc comme un véritable enjeu dans le cadre de cette recherche, elle est incontestablement aussi une difficulté majeure. Afin de ne pas fausser l'analyse à l'aune de préconçus sur ce qu'est ou devrait être le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne et afin de ne pas borner inopportunistement le ou les sens de ce principe, il nous semble qu'aucune délimitation préliminaire du principe ne doit être opérée. En effet, notre choix sera d'envisager la subsidiarité conventionnelle dans son acception la plus large, en amont du contrôle européen – lors du traitement de la recevabilité des requêtes – mais aussi en aval du contrôle européen – lors de l'exécution des arrêts de la Cour. Le principe sera, toutefois, principalement analysé lors du contrôle au fond, en ce qui concerne l'applicabilité mais aussi l'application des articles de la Convention, et non uniquement lors de l'exercice du contrôle de proportionnalité et de la reconnaissance incidente d'une marge nationale d'appréciation. La notion de subsidiarité en droit européen est donc particulièrement vaste, ouvrant sur un large champ d'analyse que représente, pour l'essentiel, le droit de la Convention européenne des droits de l'homme dans son ensemble.

¹⁰⁸ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 12^{ème} édition, 2015, p. 194.

¹⁰⁹ J-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 5^{ème} édition, 2013, p. 45.

¹¹⁰ J-M. SAUVE, Intervention lors de la conférence devant le Conseil d'Etat sur *Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme*, le 19 avril 2010, *Dalloz*, 2010, p. 1368.

¹¹¹ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 194.

B- Le champ de l'étude : « ... au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme »

34. Ainsi que le précise l'intitulé même de la thèse, la présente étude sera essentiellement circonscrite au domaine du droit de la Convention européenne des droits de l'homme et aura pour matériau principal, à la fois les sources textuelles de ce droit, dont la principale est incontestablement la Convention européenne des droits de l'homme (1) mais également et surtout, la jurisprudence européenne qui complète, précise et enrichit les textes de droit et apparaît donc indissociable de ceux-ci (2). En effet, « *l'acquis jurisprudentiel fait corps avec le texte conventionnel* » si bien que « *la jurisprudence s'analyse en un corpus de règles qui, au fur et à mesure des années, ont fini par s'ajouter au texte* »¹¹² et c'est bien cet ensemble (textuel et jurisprudentiel) qui donne lieu au droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Enfin, l'analyse comparée étant toujours d'un intérêt évident, des références aux autres systèmes juridiques, nationaux ou internationaux, aux autres champs d'application du principe – tels que le droit administratif et constitutionnel, le droit de l'Union européenne, le droit international etc. – seront réalisées, à titre complémentaire, afin de nourrir et consolider notre démonstration (3).

1- Les textes européens de protection des droits de l'homme

35. Le principe de subsidiarité – parce qu'il sous-tend le texte conventionnel dans son ensemble – fait nécessairement corps avec ce traité de droit international des droits de l'homme. Une analyse minutieuse de l'ensemble des textes européens, que cela soit de la Convention européenne des droits de l'homme ou de son préambule adoptés le 4 novembre 1950 à Rome, des divers protocoles – n^{os}14, 15 et 16 pour ne citer qu'eux – des travaux préparatoires permettant de mieux saisir l'enjeu, l'histoire et les fondements de telles ou telles garanties, constituera donc une première base à notre recherche. La norme européenne, parce qu'elle est le socle de toute opération juridictionnelle de résolution des litiges et qu'elle est au cœur de la construction et du développement de la jurisprudence européenne, est de toute manière incontournable.

¹¹² K. GRABARCZYK, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour EDH*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006, p. 27.

36. D'autres éléments textuels, tels que les documents, travaux, rapports ou encore recommandations du Conseil de l'Europe, de son assemblée parlementaire mais aussi du Comité des ministres, seront également utilisés lorsque portant sur des thématiques en lien avec la subsidiarité ou sur le principe lui-même¹¹³. Les différentes Déclarations adoptées lors des Conférences sur l'avenir de la Cour à Interlaken, Izmir, Brighton ou encore Bruxelles, représenteront, à cet égard, une intéressante base d'analyse. De même, les divers rapports explicatifs des protocoles n°14, 15 et 16 spécifiquement, en lien direct avec la réaffirmation d'une subsidiarité conventionnelle, nous seront, eux aussi, d'une grande aide. Toutefois, étant donné que le principe de subsidiarité est, en droit de la Convention européenne, un principe d'origine prétorienne, cette recherche se construira, avant tout, en appui sur la jurisprudence strasbourgeoise.

2- L'échantillon jurisprudentiel principalement retenu

37. Etudier le principe de subsidiarité dans la jurisprudence de la Cour européenne se présente comme un défi évident et ce, pour deux raisons principales. D'une part, le principe de subsidiarité n'est pas systématiquement identifié par la Cour européenne qui peut, néanmoins, faire preuve de retenue judiciaire dans l'exercice de son contrôle et ainsi faire œuvre d'une reconnaissance implicite de son caractère subsidiaire¹¹⁴. Elle peut, à l'inverse, s'y référer expressément et utiliser indifféremment les expressions de « principe de subsidiarité », de « subsidiarité » ou encore de « caractère subsidiaire ». L'identification du principe de subsidiarité dans la jurisprudence de la Cour est, en conséquence, délicate. D'autre part, puisque la subsidiarité conventionnelle est consubstantielle à la Convention et qu'elle irrigue ou « *sous-tend* »¹¹⁵ l'ensemble du droit européen des droits de l'homme, il

¹¹³ Voir, par exemple, la Résolution 1226 (2000) de l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe sur le thème de l'Exécution des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme, 28 septembre 2000 (30^{ème} séance) ; le rapport annuel, 2011, du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, sur la *Surveillance de l'exécution des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme* ; la Recommandation CM/Rec(2008)2 du Comité des Ministres aux Etats membres sur des moyens efficaces à mettre en œuvre au niveau interne pour l'exécution rapide des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme, adoptée par le Comité des Ministres le 6 février 2008, lors de la 1017^e réunion des Délégués des Ministres.

¹¹⁴ Voir, parmi d'autres, Cour EDH, Gde ch., 16 décembre 2010, *A, B et C c. Irlande*, req. n°25579/05 ; JCP G., 2011, n°3, 58, obs. M. LEVINET ; JCP G., 2011, n°4, doct. 94, chron. F. SUDRE ; Cour EDH, Gde ch., 7 juillet 2011, *Stummer c. Autriche*, req. n°37452/02, Rec. 2011 ; JCP G., n°4, 2012, doct. 87, chron. F. SUDRE ; Cour EDH, Gde ch., 22 avril 2013, *Animal defenders international c. Royaume-Uni*, req. n°48876/08, Rec. 2013, JCP G., 2013, n°29, doct. 855, chron. F. SUDRE ; AJDA, 2013, n°31, p. 1794, chron. L. BURGORGUE LARSEN ; JEDH, 2014, n°1, pp. 3 à 28, comm. P. DUCOULOMBIER.

¹¹⁵ Cour EDH, 28 avril 2008, *Hutten-Czapska c. Pologne* (règlement amiable), req. n°35014/97, § 34.

nous semble que prétendre à la réalisation d'une analyse exhaustive de la jurisprudence de la Cour est, de toute évidence, impossible. Néanmoins, le choix d'une longue période d'analyse de la jurisprudence sera par principe privilégié, dès lors qu'en appui sur des arrêts de principe ou de plusieurs décisions allant dans le même sens, il semble possible de mettre en exergue – de manière fiable et scientifique – les évolutions du principe de subsidiarité dans la pratique judiciaire. De cette manière, des références aux décisions et arrêts de la Commission européenne seront, également, ponctuellement réalisées.

38. Cela étant, notre choix de ne pas limiter – en amont et de manière catégorique – le champ jurisprudentiel de la recherche, se trouvera parfois confronté à la nécessité de réaliser une analyse méthodique et donc exhaustive de la jurisprudence. Ainsi et par exception, le champ jurisprudentiel d'analyse pourra être temporellement et matériellement limité, lors de l'étude de questions précises telles que celles, notamment, d'une identification du ou des critères actuels d'application du principe¹¹⁶. En effet, face à l'impossibilité de réaliser une étude de l'ensemble du corpus jurisprudentiel – trop riche – de la Cour, la délimitation d'un cadre spatio-temporel va alors s'imposer. Le champ de l'étude se verra ainsi limité à la jurisprudence récente de la Cour, émise depuis les années 2010 essentiellement – date identifiée comme marquant le début d'une réaffirmation du principe de subsidiarité¹¹⁷ – et parfois même uniquement à la jurisprudence de la Grande chambre¹¹⁸, puisque davantage représentative de la politique jurisprudentielle du juge européen. En résumé, si par principe, notre choix a été de se saisir de l'échantillon jurisprudentiel le plus vaste afin de ne pas se limiter dans la recherche, des difficultés pratiques et une rigueur scientifique nous imposeront par exception de limiter la recherche – tout en le précisant néanmoins – à un échantillon jurisprudentiel plus restreint.

39. Nous porterons, enfin, un regard attentif aux opinions séparées des juges de la Cour qui offriront souvent des avis critiques libres et éclairés sur des décisions de la Cour et nous permettront, parfois, de mieux saisir les enjeux et tensions régnant au sein même de la juridiction, selon la voie empruntée par celle-ci. Cette étude prend donc comme point de départ, l'analyse combinée des textes européens de protection des droits de l'homme et de la

¹¹⁶ Voir *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2.

¹¹⁷ Date de la Conférence d'Interlaken sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, des 18-19 février 2010.

¹¹⁸ L'analyse systématique des arrêts de Grande chambre sera toutefois ponctuellement renforcée par des références aux arrêts de Chambre.

jurisprudence européenne mais se verra, néanmoins, enrichie par l'extension occasionnelle du domaine d'analyse à d'autres droits.

3- L'appel complémentaire aux droits nationaux, régionaux et internationaux

40. Si la présente étude se propose d'analyser le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne, il se révèlera toutefois intéressant d'opérer des parallèles occasionnels avec les sens et les usages du principe de subsidiarité dans d'autres systèmes juridiques.

41. Ainsi et sans que cela ne soit toutefois systématique, une approche comparatiste pourra être, d'une part, adoptée vis-à-vis d'autres systèmes juridiques régionaux ou internationaux, tel que le système juridique de l'Union européenne où – du fait de la similitude des deux ordres – il sera souvent instructif d'analyser les ressemblances et dissemblances tenant à l'identification et à l'application du principe de subsidiarité. Des références ponctuelles seront également établies avec le droit international des droits de l'homme, que cela soit au regard des statuts des Tribunaux pénaux internationaux, de la jurisprudence de la Cour pénale internationale ou de la Cour internationale de Justice, ainsi qu'avec d'autres systèmes régionaux de protection des droits de l'homme, tels que le système interaméricain ou africain de protection des droits de l'homme.

42. D'autre part – parce que la subsidiarité conventionnelle s'exprime, en premier lieu, en droit interne, au travers du rôle prioritaire des autorités nationales et qu'elle implique une mise en œuvre nationale du droit européen – la recherche appelle naturellement une extension du champ d'analyse aux droits nationaux. Il conviendra alors de porter une attention accrue à la manière dont les juridictions nationales réceptionnent la Convention européenne et la jurisprudence de la Cour, et donc à la façon dont elles exercent leurs rôles de juges de droit commun de la Convention. Plus généralement, l'extension du champ de l'étude aux droits nationaux nous permettra d'analyser le comportement des autorités nationales vis-à-vis des exigences et obligations découlant du principe de subsidiarité mais aussi, de voir comment l'ordre juridique national appréhende ce principe, que cela soit dans le cadre du droit européen ou bien dans le cadre d'autres branches du droit public ou privé.

En ce qui concerne l'étude des conséquences et implications du principe en droit interne, le champ de la recherche sera toutefois doublement limité. Tout d'abord et en raison des

limites matérielles et linguistiques de recherche s'imposant à nous, l'analyse se concentrera essentiellement sur l'ordre juridique national français, même si des références aux systèmes juridiques nationaux des autres Etats membres seront naturellement réalisées. Ensuite, l'analyse se fondera majoritairement sur des décisions ou arrêts des juridictions nationales suprêmes dès lors que, du fait de leur position de juridictions supérieures, leur jurisprudence est certainement la plus représentative et s'impose, en tous les cas, aux juges du fond. Le champ matériel de l'analyse étant délimité, voyons, à présent, ce qui a guidé notre démarche et notre recherche.

§2- Le développement de la problématique

43. Identifier l'intérêt de l'étude portant sur le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne, nous permettra de mettre en exergue les problématiques sous-jacentes à un tel sujet (**A**) et d'ainsi déterminer la méthode d'analyse adaptée (**B**) à la thèse et au plan de recherche soutenus (**C**).

A- L'intérêt de l'étude et les problématiques sous-jacentes

44. Il est évident que l'engouement à la fois politique et juridique envers la subsidiarité conventionnelle – né avec l'adoption de la Déclaration d'Interlaken du 19 février 2010 et entériné avec celle du Protocole n°15 qui consacre la subsidiarité en tant que principe textuel – nourrit manifestement tout l'intérêt d'une recherche doctorale sur ce sujet. Mais au-delà de l'attention nécessaire que suscite tout sujet d'actualité, l'étude du principe de subsidiarité présente encore de multiples intérêts.

45. En effet, appréhender le principe de subsidiarité en droit de la Convention européenne revêt, en premier lieu, un double intérêt théorique. D'une part, la présente étude – visant à mieux saisir et comprendre le principe de subsidiarité – contribuera à l'identification d'un principe flou aux acceptions variables. Elle supposera ainsi une appréhension des sens du principe de subsidiarité et impliquera, pour ce faire, d'identifier quels sont ses fondements, ses objectifs et ses conséquences en droit interne et européen. D'autre part et au vu de l'indétermination juridique du principe, elle induira une réflexion sur la notion même de principe ainsi que sur celle de principe directeur, souvent associé au concept de principes

généraux du droit. En effet et au-delà de sa qualification jurisprudentielle, est-ce réellement – c'est-à-dire matériellement – un principe au sens d'une règle ou d'une norme générale¹¹⁹ ? Est-ce par ailleurs un principe véritablement juridique ou, en d'autres termes, est-il pourvu d'une réelle portée juridique en droit européen ? Est-ce un principe général ? Un principe fondamental ? Une directive d'interprétation ? Quelles sont enfin ses fonctions au sein du droit de la Convention européenne et, plus spécifiquement, de la jurisprudence de la Cour ? Cette étude présentera donc également l'intérêt de mieux saisir le rôle de ce principe dans l'interprétation juridique et de s'interroger sur le probable pouvoir normatif qu'il confère au juge, tel que le soutient notamment la théorie réaliste de l'interprétation.

46. En second lieu, cette étude présente un intérêt concret évident. En effet, face au risque d'une asphyxie latente du prétoire strasbourgeois, la question de l'effectivité du principe de subsidiarité ainsi que d'une réelle ou supposée complémentarité entre les autorités nationales et le juge européen s'impose, dès lors qu'une correcte mise en œuvre du principe induit normalement un traitement prioritaire des requêtes en droit interne et devrait donc réguler le flot contentieux devant la Cour. La réception parfois frileuse des exigences européennes par les autorités nationales peut être notamment envisagée comme l'une des raisons logiques à l'afflux massif de requêtes à Strasbourg, de même que la critique récurrente d'un empiètement de la Cour sur les libertés nationales¹²⁰, si bien que celle-ci étendrait son champ de compétences et interviendrait dans des cas où elle ne le devrait pas. Or, cette surcharge du juge européen risque progressivement de détourner le système de son objectif initial de protection des intérêts individuels, ainsi que de provoquer une impossibilité pour la Cour de juger en des délais raisonnables, *a contrario* de ses propres exigences conventionnelles¹²¹. La voie privilégiée pour engager une « revitalisation » nécessaire du système apparaît alors comme celle d'une application renforcée du principe de subsidiarité¹²², le Conseil de l'Europe travaillant à l'adoption de différentes mesures (protocole n° 14, 15 et 16 notamment) visant à consolider ce principe. Garantir l'effectivité du principe de

¹¹⁹ Voir, notamment, G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 10^{ème} édition, 2014. Pour plus de détails, voir *infra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, section 1, § 1.

¹²⁰ Voir, entre autres, R. DE GOUTTES, « Les ambivalences de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 2001 », in *La France et la Cour européenne des droits de l'homme*, Cahier du CREDHO n°8, 2002, p. 19-38.

¹²¹ L'article 6 de la Convention européenne garantit le droit à un procès équitable.

¹²² *Contribution du secrétaire général du Conseil de l'Europe à la préparation de la conférence ministérielle d'Interlaken*, SG/Inf(2009)20 / 14 janvier 2010.

subsidiarité constitue donc un enjeu tant pour la Cour que pour les juridictions nationales à qui il revient d'appliquer le droit interne conformément aux exigences européennes, telles qu'interprétées par la Cour de Strasbourg.

Au-delà de l'aspect théorique ou de la nécessaire théorisation des exigences et implications du principe de subsidiarité, l'enjeu de cette étude réside donc également dans la nécessité de dresser un bilan global de la mise en œuvre et de l'application concrète du principe de subsidiarité dans la jurisprudence européenne. Il conviendra alors de déterminer comment et dans quel but ce principe est utilisé par le juge et d'apporter ainsi une analyse critique sur ce principe d'application manifestement variable. Faire un état des lieux de la mise en œuvre du principe dans la jurisprudence européenne invitera, de manière incidente, à réfléchir à la nature et à l'étendue du pouvoir du juge et donc à l'activisme ou, à l'inverse, la retenue judiciaire dont peut faire preuve la Cour européenne lorsqu'elle motive ses décisions et statue dans le cadre des litiges qui lui sont soumis.

47. En dernier lieu – et bien qu'avec une telle revalorisation de la subsidiarité, principalement marquée par l'inscription prochaine du principe dans le préambule de la Convention, les travaux doctrinaux sur ce dernier soient de plus en plus nombreux¹²³ – l'intérêt de cette thèse résidera dans la nécessité de réaliser une analyse d'ensemble sur un sujet n'ayant encore jamais fait l'objet d'une étude globale d'ampleur. La doctrine s'est en effet longtemps axée sur des thématiques en lien avec la subsidiarité – comme l'étude de la théorie de la marge nationale d'appréciation¹²⁴ ou du consensus européen¹²⁵ – mais moins sur

¹²³ Voir, par exemple, B. PASTRE-BELDA, « La Cour européenne des droits de l'homme – Entre promotion de la subsidiarité et protection effective des droits », *RTDH*, 2013, n°94, pp. 251-274 ; F. SUDRE, « La subsidiarité, « nouvelle frontière » de la Cour EDH. A propos des protocoles 15 et 16 à la Convention », *JCP G.*, 2013, n°42, doctr. 1086 ; F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Nemesis, Anthemis, 2014.

¹²⁴ Voir, parmi d'autres, M. DELMAS-MARTY et M-L. IZORCHE, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *RIDC*, 2000, pp. 753-780 ; E. KASTANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1996 ; A-D. OLINGA et C. PICHERAL, « La théorie de la marge nationale d'appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1995, pp. 567-604 ; F. TULKENS et L. DONNAY, « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ? », *RSC*, 2006, p. 3 et suiv.

¹²⁵ Voir, parmi d'autres, B. PASTRE-BELDA, « Et si la Cour européenne des droits de l'homme renonçait à l'interprétation consensuelle ? », *RTDH*, 2015, n°101, pp. 89-113 ; E. BENVENISTI, « Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards », *International Law And Politics*, 1999, vol. 31, pp. 843-854 ; V. CLAUDE, *L'interprétation consensuelle de la CEDH*, Mémoire de DEA, Faculté de droit, Université Montpellier I, IDEDH, 1998 ; L. HELFER R., « Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights », 26, *Cornell International Law Journal*, 1993, pp. 133-165 ; L. WILDHABER, A. HJARTARSON et S.

le principe lui-même. Si l'intérêt premier et principal de la recherche réside donc dans la clarification de la nature et des fonctions du principe de subsidiarité, l'objectif sera aussi, plus simplement, de livrer une analyse globale et structurée sur un sujet particulièrement important et d'actualité.

B- La méthode d'analyse retenue

48. Afin de répondre à ces divers questionnements, la recherche a pour point de départ une analyse doctrinale d'ampleur, le recours premier aux sources doctrinales s'étant naturellement imposé au vu des travaux substantiels déjà réalisés sur le sujet. En effet, approcher le droit positif de la Convention européenne des droits de l'homme ne pouvait se faire qu'après une appréhension du principe de subsidiarité dans d'autres domaines que le droit européen des droits de l'homme, nous permettant ainsi d'éclaircir et affiner notre propre recherche. L'étude de thèses portant sur le principe de subsidiarité dans d'autres champs d'application – telles que *La subsidiarité en droit privé*¹²⁶, *Le principe de subsidiarité en droit communautaire*¹²⁷, *Le principe de subsidiarité en droit public*¹²⁸ – offre donc une première lecture particulièrement intéressante et éclairante de ce qu'est le principe de subsidiarité au sens large. Des ouvrages spécialisés – tels que *L'Etat subsidiaire*¹²⁹, *Le principe de subsidiarité*¹³⁰ ou encore *L'Europe de la subsidiarité*¹³¹ – mais aussi des articles de fond ou des colloques tels que celui portant spécifiquement sur *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*¹³², constituent également des points de repère, non négligeables, pour appréhender la complexité et diversité du principe de subsidiarité. En effet, un recours à la doctrine – foisonnante sur les thématiques sous-jacentes à la subsidiarité, et de plus en plus dense sur le principe conventionnel lui-même – guidera

DONNELLY, « No Consensus on Consensus ? : The Practice of the European Court of Human Rights », *Human Rights Law Journal*, 2013, vol. 33, pp. 248-263.

¹²⁶ A. GOUÉZEL, *La subsidiarité en droit privé*, Economica, 2013 et C. HABRE, *La subsidiarité en droit privé*, Université Panthéon-Assas, Paris, 2014.

¹²⁷ F. THOMA, *Le principe de subsidiarité en droit communautaire*, Centre universitaire de Luxembourg, 1998.

¹²⁸ V. PEPE, *Le principe de subsidiarité en droit public : étude comparée des cas italien et français*, Thèse de doctorat Droit public, Montpellier 1, 2002.

¹²⁹ C. DELSOL, *L'Etat subsidiaire : ingérence et non-ingérence de l'Etat : le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*, Editions du Cerf, 2015.

¹³⁰ F. DELPEREE Francis (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruylant, 2002.

¹³¹ M. VERDUSSEN (dir.), *L'Europe de la subsidiarité*, Bruylant, 2000.

¹³² F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Nemesis, Anthemis, 2014.

ainsi notre analyse. Enfin, parce que le sujet conduit également à s'interroger sur l'acception des notions de principe, de principes généraux, directeurs ou fondamentaux, d'impérativité ou encore de juridicité, le recours aux travaux de théorie du droit ou de philosophie du droit nous seront fortement utiles.

49. Bien évidemment, cette recherche s'appuie ensuite sur l'étude du droit positif. L'analyse de l'ensemble des textes de droit européen – couplée à un examen des différents rapports parlementaires, recommandations du Comité des ministres et autres publications du Conseil de l'Europe – nous permettra, en effet, de mieux appréhender les origines, le sens et la portée du principe de subsidiarité. Toutefois et dans la mesure où le principe est essentiellement façonné, développé et appliqué par le juge européen, la démarche adoptée se voudra principalement empirique. Face à un tel corpus jurisprudentiel, l'analyse s'organisera alors en deux temps. Dans un premier temps, c'est une recherche quasi-systématique qui sera effectuée sur la base d'une utilisation formelle des termes de « subsidiarité » ou des expressions de « principe de subsidiarité » dans la jurisprudence européenne. Dans un second temps, le recours au principe n'étant pas toujours explicite mais le plus souvent, au contraire, implicite, une recherche thématique sera alors réalisée afin de balayer l'ensemble des questions en lien avec le caractère subsidiaire du système européen (telles que les thématiques d'un épuisement des voies de recours internes, d'une meilleure position des autorités nationales, d'une marge nationale d'appréciation, d'un consensus européen etc.). Une analyse systématique de l'ensemble des thématiques sous-jacentes au principe de subsidiarité étant cette fois-ci impossible, tant les occurrences sont parfois nombreuses, notre démarche sera alors de rechercher – s'ils existent et sans ignorer pour autant les limites éventuelles – un maximum d'exemples jurisprudentiels allant dans le même sens, afin d'asseoir notre propos et lui conférer la plus grande véracité scientifique possible. Dans ce cas, le champ de recherche sera alors matériellement et/ou temporellement restreint¹³³ afin de réaliser, dans le cadre des limites ainsi posées, une étude exhaustive de la jurisprudence européenne.

50. La méthode consiste, également, à prendre appui sur le *droit* national au sens large – français pour l'essentiel mais parfois aussi étranger – dans la mesure où, d'une part, il traduit la perception nationale du principe de subsidiarité et permet, d'autre part, d'apprécier l'effectivité du principe selon l'attitude de déni, de confrontation ou, au contraire, d'adhésion aux arrêts de la Cour et, plus largement, au droit européen des droits de l'homme des Etats

¹³³ Pour plus de détails, voir *infra*, Introduction, I, B, 2.

membres. Une étude portant sur le principe de subsidiarité justifie, également, d'analyser la *jurisprudence* nationale afin d'appréhender le respect des exigences européennes par les juridictions administratives et judiciaires. Une analyse de la jurisprudence constitutionnelle s'avère également intéressante dans la mesure où la Question Prioritaire de Constitutionnalité pourrait constituer une nouvelle voie de recours à épuiser en France, avant toute saisine du juge européen et ainsi contribuer à réaffirmer le caractère subsidiaire de la Convention, en favorisant le recours à d'autres sources protectrices des droits de l'homme, incluses au titre du bloc de Constitutionnalité.

51. Cette étude se construit, enfin, selon une approche comparative. La méthode consiste alors à explorer d'autres champs d'application du principe afin de mettre en lumière les ressemblances et divergences entre matières ou, de manière plus ponctuelle, à se référer à la jurisprudence ou au fonctionnement de la Cour de Justice de l'Union européenne, de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme, elles aussi confrontées à la problématique qu'illustre le principe de subsidiarité, partagé entre unité et diversité. La démarche adoptée étant à présent exposée, précisons, en dernier lieu, la thèse soutenue et le plan d'étude adopté.

C- La thèse soutenue et le plan d'étude adopté

52. Parce que le principe de subsidiarité « *sous-tend* »¹³⁴ ou est « *à la base* »¹³⁵ de la Convention, parce qu'il est « *inhérent au système de protection des droits individuels* »¹³⁶, il apparaît, en ce sens, comme un principe structurel, au fondement du système conventionnel. L'hypothèse d'un principe de subsidiarité manifestement directeur du droit européen, bien que souffrant d'une indétermination sémantique et juridique certaine, s'est donc naturellement imposée et nous a conduit à développer un postulat de recherche selon lequel *le principe de subsidiarité devrait être un principe directeur, guidant l'interprétation de la Convention et le contrôle du juge européen, principe qui n'apparaît pourtant être, en pratique, qu'un élément de variation dans l'étendue du contrôle européen et donc un principe à la libre disposition du juge strasbourgeois*.

¹³⁴ Cour EDH, Gde ch., 28 avril 2008, *Hutten-Czapska c. Pologne*, req. n°35014/97, § 34.

¹³⁵ Cour EDH, Gde ch., 12 mars 2014, *Kurić et autres c. Slovénie*, req. n°26828/06, § 134.

¹³⁶ Cour EDH, 15 septembre 2009, *Miroļubovs et autres c. Lettonie*, req. n°798/05, § 91.

53. Toutefois, « *chacun sait que, dans un travail scientifique, la conclusion importe moins que la démonstration y menant* »¹³⁷. Aussi, afin de répondre tant à la dimension théorique du sujet qui impose d'identifier les exigences et implications du principe de subsidiarité et de démontrer en quoi il devrait être un principe directeur du droit, mais aussi afin de répondre à sa dimension pratique visant à faire le bilan de l'application concrète du principe par la Cour européenne et à déterminer comment et dans quel but il est utilisé par le juge, deux grands axes ont été dégagés. En effet, la présente étude visera, tout d'abord, à identifier le principe de subsidiarité et appréhender, pour ce faire, le paradoxe existant entre, d'une part, le caractère fondamentalement ambigu du principe et, d'autre part, les fonctions malgré tout directrices qui lui sont conférées en droit européen (**Partie 1**). Une telle identification nous permettra, ensuite, d'analyser l'application concrète du principe et d'ainsi démontrer le caractère stratégique de sa mise en œuvre dans la jurisprudence européenne (**Partie 2**). En effet, le juge de Strasbourg semble se livrer à une utilisation variable du principe de subsidiarité dans le but, toutefois, d'en faire un instrument clé de sa politique jurisprudentielle actuelle, visant à responsabiliser les Etats membres dans le rôle premier de protecteur des droits de l'homme.

Partie 1 : Le paradoxe de l'identification du principe de subsidiarité

Partie 2 : La mise en œuvre stratégique du principe de subsidiarité

¹³⁷ O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, PUF, 1994, p. 14.

PARTIE 1 : LE PARADOXE DE L'IDENTIFICATION DU PRINCIPE DE SUBSIDIARITÉ

54. Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne est un principe empreint d'ambiguïtés qui nécessite d'être plus précisément identifié. D'origine jurisprudentielle, il n'est en effet nullement défini par le texte de la Convention, ni ne fait l'objet d'ailleurs d'une description plus éclairée dans la jurisprudence européenne. Bien qu'au cœur de nombreux débats contemporains, une définition claire lui fait donc toujours défaut et ce, malgré l'adoption d'un nouveau protocole qui prévoit, dans son article 1^{er}, d'insérer au sein du préambule de la Convention, un nouveau considérant contenant une référence explicite au principe ainsi qu'à sa traduction jurisprudentielle concrète que représente la marge nationale d'appréciation¹³⁸. Toutefois et malgré son indétermination générale, « *le principe de subsidiarité constitue [...] la pierre angulaire de la jurisprudence de la Cour* »¹³⁹. En tant que « *pilier de la Convention* »¹⁴⁰, la subsidiarité se voit en effet dotée de fonctions directrices et constitue, en ce sens, un principe manifestement au cœur et au fondement du système européen de protection des droits de l'homme.

55. L'identification du principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne est donc, à première vue, particulièrement déroutante et ce, en raison du paradoxe qui habite cette question. Par paradoxe, il convient de comprendre une chose ou un fait qui paraît défier la logique parce qu'il ou elle présente des aspects contradictoires¹⁴¹. Or, dans le cadre du système européen de protection des droits de l'homme, une antinomie s'illustre, *a priori*, entre les deux composantes essentielles du principe de subsidiarité.

¹³⁸ Protocole 15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales et adopté le 16 mai 2013.

¹³⁹ Opinion dissidente du juge GÖLCÜKLÜ sous l'arrêt Cour EDH, Gde ch., 16 septembre 1996, *Akdivar et autres c. Turquie*, req. n°21893/93, Rec. 1996-IV, § 5 ; *JDI*, 1997, 239, obs. E. DECAUX ; *RTDH*, 1998, pp. 27-35, note P. LEGROS et P. COENRAETS ; *GACEDH*, n°73.

¹⁴⁰ Cour EDH, Gde ch., 15 mars 2012, *Austin et autres c. Royaume-Uni*, req. n°39692/09 et al., Rec. 2012, § 61 ; *JCP G.*, 2012, n°15, 455, obs. F. SUDRE ; *JDI*, 2013, n°4, pp. 1229-1233, note A. SCHILL.

¹⁴¹ Définition du terme « Paradoxe », *Dictionnaire Larousse*, disponible sur : <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/paradoxe/57878>.

En effet, le principe de subsidiarité est par nature flou et indéterminé, il souffre donc d'une ambiguïté fondamentale nuisant tout naturellement à son intelligibilité et à sa compréhension (**Titre 1**). Toutefois, ce principe semble être malgré tout – au regard notamment des fonctions directrices qui lui sont conférées – un principe guide du droit européen des droits de l'homme (**Titre 2**), la contradiction apparente entre le caractère fondamentalement ambigu mais néanmoins directeur du principe de subsidiarité contribuant inévitablement à complexifier son identification.

Titre 1 : Un principe fondamentalement ambigu

Titre 2 : Un principe directeur du droit européen

TITRE 1 : UN PRINCIPE FONDAMENTALEMENT AMBIGU

56. Réfléchir sur le principe de subsidiarité nécessite d'appréhender son sens et sa portée, d'apprécier sa teneur et son contenu. Or, il est évident que l'ambiguïté du principe de subsidiarité – véritable caractéristique intrinsèque au principe et de ce fait relevée par de nombreux auteurs¹⁴² – constitue la principale limite à son identification. Rappelons à ce titre que, de par sa qualité de « *concept élastique* »¹⁴³, la subsidiarité est en tension constante entre des objectifs *a priori* opposés, à savoir d'une part, « *assurer la primauté de l'essentiel* »¹⁴⁴ et ainsi sauvegarder l'autonomie de l'entité inférieure, tout en imposant d'autre part, une obligation d'intervention de l'entité supérieure au soutien des besoins de l'autorité inférieure défaillante¹⁴⁵. Or, il est évident que l'ambivalence naturelle du concept même de subsidiarité n'est pas sans incidence sur l'ambiguïté de son principe¹⁴⁶. Ainsi, qu'il soit spécifiquement envisagé en droit de la Convention européenne ou, plus généralement, en droit de l'Union européenne, en droit administratif ou en droit constitutionnel, le principe de subsidiarité apparaît toujours comme un principe globalement flou et incertain.

57. Apprécier le caractère fondamentalement ambigu du principe de subsidiarité suppose donc, avant toute autre chose, d'adopter une démarche comparative particulièrement utile à une compréhension globale de ce principe. L'analyse de droit comparé sera d'autant plus commode qu'elle permettra de mettre au jour l'indétermination générale du principe en

¹⁴² Voir, par exemple, C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Litec, 5^{ème} édition, 2013, p. 462 ; J-L. CLERGERIE (dir.), *L'Union européenne*, Dalloz, 9^{ème} édition, 2012, p. 273 ; A. DELCAMP, « Droit constitutionnel et droit administratif : principe de subsidiarité et décentralisation », *RFDC*, 1995, n°23, p. 112 ; F. LEURQUIN-DE VISSCHER, « Existe-t-il un principe de subsidiarité ? », in F. DELPEREE (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruylant, 2002, p. 23 ; S. MARCIALI, *La flexibilité du droit de l'Union européenne*, Bruylant, 2007, p. 78 ; J-Y. NAUDET, « Le principe de subsidiarité : ambiguïtés d'un concept à la mode », *Journal des Economistes et des Etudes Humaines*, vol. 3, n°2-3, 1992, pp. 319-331 ; M. SCHMITT, *Autonomie collective des partenaires sociaux et principe de subsidiarité dans l'ordre juridique communautaire*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2009, pp. 61, 72 etc. ; P. TAVERNIER, « De la subsidiarité et de quelques notions voisines. Pérégrinations entre le droit international et le droit européen », in *La France, l'Europe et le monde. Mélanges en l'honneur de Jean CHARPENTIER*, Pedone, 2008, p. 227.

¹⁴³ D. SIMON, « L'usage de concepts élastiques dans la jurisprudence internationale : impressionnisme ou réalisme ? », in *Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco*, Carl Heymanns Verlag, 1983, pp. 707-719.

¹⁴⁴ J. RAYNARD, « A propos de la subsidiarité en droit privé », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, tome 1, p. 133.

¹⁴⁵ Pour plus de détails, voir *supra*, Introduction.

¹⁴⁶ L'analyse théorique du passage d'un « concept » à la qualification de « principe » ne sera pas abordée de manière générale. Cette question sera, toutefois, ultérieurement envisagée en ce qui concerne la subsidiarité conventionnelle. Voir *infra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 1.

droit. En d'autres termes, l'ambiguïté du principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne, nous semble tout d'abord s'expliquer au regard de l'absence de définition univoque du principe de subsidiarité (**Chapitre 1**). Si l'imprécision sémantique du principe qui en découle, est toutefois – plus que dans toutes autres matières – particulièrement prégnante en droit européen des droits de l'homme, elle se confirme également à l'aune d'une indétermination juridique du principe de subsidiarité. En d'autres termes, l'ambiguïté du principe au sens du droit de la Convention européenne nous semble devoir également s'expliquer en raison de l'indétermination de la nature même du principe de subsidiarité (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : L'absence de définition univoque du principe de subsidiarité

Chapitre 2 : L'indétermination de la nature du principe de subsidiarité

CHAPITRE 1 : L'ABSENCE DE DÉFINITION UNIVOQUE DU PRINCIPE DE SUBSIDIARITÉ

58. Affirmer qu'il n'existe pas de définition du principe de subsidiarité serait excessif, voire incorrect¹⁴⁷, le Professeur Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA expliquant qu'il se voit doté de plus d'une vingtaine de définitions différentes¹⁴⁸. Le dictionnaire de vocabulaire juridique dirigé par le Professeur Gérard CORNU propose ainsi, par exemple, une définition du principe communautaire de subsidiarité¹⁴⁹. Bien plus rares, néanmoins, sont ceux qui définissent le principe conventionnel de subsidiarité¹⁵⁰. Aussi, c'est bien l'absence de définition *univoque*¹⁵¹ du principe de subsidiarité qui doit être relevée comme étant source d'ambiguïtés, ce principe ayant indiscutablement différents sens selon les domaines où il est employé. En effet, dans la mesure où « *la subsidiarité est une notion souple et flexible qui s'adapte à des contextes fort différents* »¹⁵², son principe ne peut lui-même se voir circonscrit au sein d'une seule et même définition. De plus, « *le principe de subsidiarité indique une*

¹⁴⁷ Voir, notamment, le *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 20^{ème} édition, 2013, p. 715 ou *Le Petit Robert*, édition 2013, p. 2448 : « *qui limite les pouvoirs de la communauté européenne considérés comme subsidiaire par rapport ceux des Etats membres et des régions* » ; le *Dictionnaire Larousse* (disponible sur : <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/subsidiarié/75099>) : « *en droit administratif, principe de délégation verticale des pouvoirs, notamment dans les fédérations* ».

¹⁴⁸ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme », *RAE*, 1998, n°1-2, p. 28.

¹⁴⁹ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 10^{ème} édition, 2014 : « *la règle en vertu de laquelle la Communauté n'agit –en dehors des domaines de sa compétence exclusive – que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent être réalisés de manière suffisante par les Etats membres et peuvent donc être mieux réalisés au niveau communautaire* ». Voir également R. CABRILLAC (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2015*, LexisNexis, 6^{ème} édition, 2014, p. 492 qui le définit comme « *le principe selon lequel les institutions de l'Union européenne doivent considérer leur action comme subordonnée à l'incapacité du droit des Etats membres à mettre en œuvre les objectifs fixés par les traités à l'Union européenne* ».

¹⁵⁰ Voir, notamment, R. CABRILLAC (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2015*, *op. cit.*, p. 492 qui le définit comme « *le principe selon lequel le contrôle par la Cour européenne des droits de l'homme du respect des droits énoncés à la Convention européenne des droits de l'homme est subordonné à l'épuisement des voies de recours internes afin de permettre aux Etats parties de remédier par eux-mêmes aux violations de la Convention* » Cette définition nous apparaît toutefois réductrice dans la mesure où elle traduit seulement la dimension procédurale – et non aussi substantielle – du principe de subsidiarité.

¹⁵¹ Au sens de « *ce qui garde le même sens dans ses différents emplois, qui n'est pas équivoque* » (définition de « univoque », *dictionnaire Larousse*, disponible sur : <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/univoque/80632>).

¹⁵² P. TAVERNIER, « De la subsidiarité et de quelques notions voisines. Pérégrinations entre le droit international et le droit européen », *op. cit.*, p. 231.

*tendance. Il laisse [donc] ouverte les conditions concrètes de son application et celles-ci peuvent donc varier suivant les circonstances de temps et de lieu »*¹⁵³.

59. Ce premier chapitre, visant à démontrer et expliquer l'absence de définition univoque du principe de subsidiarité, s'articulera donc en deux temps. Le premier temps aura pour ambition de mener une analyse générale du principe en droit afin de démontrer toute sa variabilité – puisque doté de sens différents selon ses domaines et champs d'application – mais aussi sa spécificité en droit international des droits de l'homme et donc, de manière incidente, en droit européen. En effet, si ces développements font appel à une analyse du principe dans des matières autres que le droit européen des droits de l'homme, ils se justifient néanmoins dans la mesure où d'une part, ils permettent une meilleure compréhension et appréhension globale du principe de subsidiarité et d'autre part, illustrent la variabilité naturelle du principe qui – sans être la cause directe de la complexité du principe en droit européen – participe directement néanmoins à démontrer le caractère *fondamentalement* ambigu (et donc non limité au seul cadre du droit européen) du principe de subsidiarité. Grâce à la démarche comparative, cette analyse nous permettra enfin d'expliquer pourquoi, en droit de la Convention européenne, le principe de subsidiarité fait aussi l'objet d'une indétermination sémantique. Le deuxième temps visera donc à poursuivre l'analyse du principe de subsidiarité en droit de la Convention européenne spécifiquement et ce, afin d'illustrer son inconstance et indétermination en droit européen. Par conséquent, l'absence de définition univoque du principe conventionnel de subsidiarité s'explique d'une part, à l'aune de la variabilité générale du principe en droit (**Section 1**) et se justifie d'autre part, en raison de l'origine prétorienne – source d'indéterminations sémantique et juridique – du principe en droit européen des droits de l'homme (**Section 2**).

SECTION 1 : LA VARIABILITÉ GÉNÉRALE DU PRINCIPE DE SUBSIDIARITÉ EN DROIT

60. Comme a pu le souligner le Professeur Paul TAVERNIER, « *la subsidiarité connaît des formes très diverses avec des dénominations elles-mêmes variées* »¹⁵⁴ qui

¹⁵³ A. DELCAMP, « Droit constitutionnel et droit administratif : principe de subsidiarité et décentralisation », *op. cit.*, p. 621.

fluctuent, notamment, en fonction des domaines d'application du principe¹⁵⁵. Or, cette variabilité est à identifier au nombre des causes alimentant automatiquement son ambiguïté : parce que la subsidiarité est un principe variable, ce dernier est difficilement appréhendable et définissable, donc nécessairement flou et ambigu. L'objectif sera ainsi de déterminer en quoi et pourquoi ce principe est variable, ce qui revient finalement à identifier les causes et manifestations de cette instabilité. Afin de limiter le champ de l'étude, cette variabilité du principe ne sera appréhendée que dans le champ du droit, où la subsidiarité fait tout particulièrement l'objet d'une grande diversité et se voit dotée de différents sens juridiques selon les matières en cause¹⁵⁶. Certains auteurs iront même jusqu'à écrire que l'étude du principe en droit conduit à la « *reconnaissance de plusieurs subsidiarités* »¹⁵⁷, tant ses sens et fonctions fluctuent. Notons toutefois que l'instabilité du principe de subsidiarité – essentiellement induite par la pluralité de ses domaines d'application¹⁵⁸ – peut tout aussi bien être constatée dans des domaines extra-juridiques, lorsque le principe régule des problématiques d'ordre religieuse¹⁵⁹, sociale¹⁶⁰ ou encore politique¹⁶¹.

¹⁵⁴ P. TAVERNIER, « De la subsidiarité et de quelques notions voisines. Pérégrinations entre le droit international et le droit européen », *op. cit.*, pp. 219-231.

¹⁵⁵ Voir, également, F. DELPEREE (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruylant, 2002, pp. 11 et 12.

¹⁵⁶ Selon Jacques FIALAIRE, le droit est l'une des matières où le « *caractère polysémique* » du principe de subsidiarité est le plus prégnant. Voir J. FIALAIRE « Synthèse générale », in J. FIALAIRE (dir.), *Subsidiarité infranationale et territorialisation des normes : état des lieux et perspectives en droit interne et en droit comparé*, Presses universitaires de Rennes, 2005, p. 17.

¹⁵⁷ A. GOUËZEL, *La subsidiarité en droit privé*, Economica, 2013, p. 30.

¹⁵⁸ J. FIALAIRE, « Synthèse générale », *op. cit.*, p. 17. L'auteur affirme, par exemple, que son sens et « *son impact varie[nt] selon la sphère d'application dans laquelle [le principe] est retenu* ». Voir également, S. ROHLFING-DIJOUX et K. PAGLOW (éds.), *La subsidiarité, Regards croisés franco-allemands sur un principe pluridisciplinaire*, Peter Lang, Collection Travaux Interdisciplinaires et plurilingues, volume 20, 2014.

¹⁵⁹ Pour plus de précisions, voir notamment : J. BARROCHE, *Etat, libéralisme et christianisme : critique de la subsidiarité européenne*, Dalloz, 2012, p. 57 et suiv. ; C. DELSOL, *L'Etat subsidiaire : ingérence et non-ingérence de l'Etat : le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*, Editions du Cerf, 2015, p. 323 et suiv. ; C. MILLION-DELSOL, *Le principe de subsidiarité*, PUF, coll. « Que-sais-je ? », 1993, p. 52 et suiv. ; J-M. SIGNIE, *Paroisses et administrations des biens : Un chemin vers l'autosuffisance des Eglises d'Afrique*, L'Harmattan, 2007, p. 94 et suiv.

¹⁶⁰ Pour plus de précisions concernant les spécificités du principe de subsidiarité lorsque envisagé dans le domaine de l'éducation, voir : C. DELSOL, *L'Etat subsidiaire : ingérence et non-ingérence de l'Etat : le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*, *op. cit.*, p. 325 et suiv. ; C. MILLION-DELSOL, *Le principe de subsidiarité*, *op. cit.*, p. 48 et suiv. ; M. SCHMITT, *Autonomie collective des partenaires sociaux et principe de subsidiarité dans l'ordre juridique communautaire*, *op. cit.*, p. 95 et suiv. ; JEAN-PAUL II, Exhortation Apostolique « *Familiaris Consortio* », donné à Rome près de Saint-Pierre, le 22 novembre 1981, où le Pape prône le droit et devoir d'éducation qui revient en priorité aux parents, « *l'Etat et la société ayant donc la grave obligation, en ce qui concerne leurs relations avec la famille, de s'en tenir au principe de subsidiarité* » ; Lettre du Pape Jean-Paul II aux familles, donné à Rome, près de Saint-Pierre, le 2 février 1994. Pour plus de précisions concernant les spécificités de la subsidiarité lorsque appliquée au management d'entreprise, voir notamment les travaux de Hyacinthe DUBREUIL qui fut l'un des premiers à encourager l'application du principe au sein de l'entreprise : H. DUBREUIL, *Lettre aux travailleurs français*, Éditions Bernard Grasset, 1939 ; *Des robots ou des hommes ?*, Éditions Bernard Grasset, 1956 ; *Le Vritable intéressement des travailleurs à la vie de l'entreprise*, Éditions de l'entreprise moderne, 1959 et *J'ai fini ma*

61. Par conséquent, trois éléments doivent être, en dernier lieu, précisés. Tout d'abord, l'analyse des sens juridiques du principe ne préjuge en rien de l'éventuelle portée juridique et normative du principe dans la mesure où, ce n'est pas parce qu'un principe est utilisé en droit qu'il produit nécessairement des effets juridiques contraignants¹⁶². Ensuite, et au-delà de la multiplicité des sens de la subsidiarité en droit, celle-ci peut également prendre différentes formes que ce soit en tant que subsidiarité législative¹⁶³, lorsqu'elle gouverne l'élaboration de normes juridiques, en tant que subsidiarité exécutive¹⁶⁴, lorsqu'elle gouverne l'application des normes juridiques ou encore en tant que subsidiarité juridictionnelle¹⁶⁵ (ou procédurale), lorsqu'elle détermine laquelle des juridictions sera prioritairement compétente dans une situation où plusieurs pourraient légitimement intervenir¹⁶⁶. Enfin, cette partie ne visera nullement à analyser les modalités de mise en œuvre du principe en droit mais uniquement à apprécier les variations de sa signification et portée, selon les matières juridiques où il est employé. Cette diversité sera démontrée grâce à l'analyse comparative des différents sens du principe, lorsqu'il est utilisé par le droit communautaire, le droit constitutionnel et le droit pénal français, ou encore le droit international des droits de l'homme. Cette mise en parallèle des divers domaines d'application du principe permettra alors de constater une gradation dans le degré de protection du niveau inférieur et révélera, ainsi, les différentes conceptions du principe de subsidiarité. Seront donc analysées, l'acception classique de la subsidiarité en droit communautaire et constitutionnel (§. 1) ainsi

journée, Librairie du Compagnonnage, 1971. L'application du principe de subsidiarité dans l'entreprise fait également l'objet d'études plus récentes : G. ARCHIER et H. SERIEYX, *L'entreprise du 3^{ème} type*, Point, 2000 ; F. DE BUTLER, « Le principe de subsidiarité dans l'entreprise », in *La lettre du centre d'études des entreprises*, 2005, n°53, p. 1 (disponible sur <http://www.cee-management.com/fichs/10164.pdf>) ; M. CROZIER, *L'entreprise à l'écoute : apprendre le management post-industriel*, Interéditions, 1989 ; S. CHEVRIER et A. PELLISSIER-TANON, « La subsidiarité, une forme d'autonomie alternative à la décentralisation ? », in *Communication au 10^o congrès de l'AGRH sur La GRH, contrôle ou autonomie ?*, septembre 1999, Actes du 10^o congrès de l'AGRH, tome 1, pp. 325-334 ; C. DELSOL, *L'Etat subsidiaire : ingérence et non-ingérence de l'Etat : le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*, *op. cit.*, p. 321 et suiv. et du même auteur, *Le principe de subsidiarité*, *op. cit.*, p. 49 et suiv.

¹⁶¹ Pour une analyse de la spécificité de la subsidiarité en tant que principe du fédéralisme, voir notamment : A. DELCAMP, « Droit constitutionnel et droit administratif : principe de subsidiarité et décentralisation », *op. cit.*, p. 614 et suiv. ; C. DELSOL, *L'Etat subsidiaire : ingérence et non-ingérence de l'Etat : le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*, *op. cit.*, p. 334 et suiv. ; C. MILLION-DELSOL, *Le principe de subsidiarité*, *op. cit.*, p. 41 et suiv.

¹⁶² Cette question sera ultérieurement traitée, voir *infra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2.

¹⁶³ Voir *infra*, par exemple §. 2, lorsque la subsidiarité détermine qui est compétent pour légiférer en matière pénale.

¹⁶⁴ Voir *infra*, par exemple §. 3, lorsque la subsidiarité détermine quelle est la norme – nationale ou internationale – à appliquer.

¹⁶⁵ Voir *infra*, par exemple §. 3, lorsque la subsidiarité détermine qui de la juridiction nationale ou internationale est compétente.

¹⁶⁶ Pour plus de développements, voir M. SCHMITT, *Autonomie collective des partenaires sociaux et principe de subsidiarité dans l'ordre juridique communautaire*, *op. cit.*, p. 92 et suiv.

que la définition d'une subsidiarité intermédiaire en droit pénal (§. 2) afin d'apprécier, en dernier lieu, toute la singularité de la subsidiarité en droit international des droits de l'homme (§. 3).

§1- L'acception classique de la subsidiarité en droit communautaire et constitutionnel

62. La subsidiarité se dessine traditionnellement comme un principe invoqué pour « justifier l'exercice des compétences par les entités inférieures plutôt [...] que supérieures »¹⁶⁷ tout en prenant en considération la condition de l'amélioration qualitative qui entraîne, lorsque les circonstances l'exigent, un transfert de l'action au niveau supérieur. La définition classique de la subsidiarité, induite par le critère d'efficacité, suppose donc que l'action ne serait pas systématiquement accomplie au niveau local par la plus petite entité mais pourra, en certaines hypothèses, être exercée par l'autorité supérieure. Cette lecture de la subsidiarité se retrouve notamment en droit de l'Union européenne mais aussi au niveau national, lorsqu'elle est invoquée en droit constitutionnel pour favoriser l'action des collectivités locales françaises. La définition de la subsidiarité communautaire d'une part et celle de la subsidiarité constitutionnelle d'autre part, peuvent alors être conjointement qualifiées d'ordinaires en ce qu'elles sont toutes deux conditionnées par l'exigence d'efficacité de l'action et n'induisent donc pas une action nationale ou locale systématique (B). Néanmoins, au-delà de cette identité fondamentale, la subsidiarité communautaire et la subsidiarité constitutionnelle font également l'objet de divergences. Ainsi, ces deux types de subsidiarité peuvent parfois être perçus comme opposés¹⁶⁸ dans la mesure où ils poursuivent, en premier lieu, une logique sensiblement différente (A).

¹⁶⁷ L. GUILLOUD, « Le principe de subsidiarité en droit communautaire et en droit constitutionnel », *LPA*, 2007, n°79, p. 54.

¹⁶⁸ Voir, par exemple, le rapport parlementaire n°376 fait par M. PASCAL CLEMENT au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi constitutionnelle (n°369), adopté par le Sénat, relatif à l'organisation décentralisée de la République et la proposition de loi constitutionnelle (n°249) de M. HERVE MORIN et plusieurs de ses collègues, relative à l'exercice des libertés locales, disponible sur <http://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/rapports/r0376.pdf>, pp. 85 et 86 : « le principe communautaire [de subsidiarité] correspond à une logique fédérale ; la compétence s'exerce à l'échelon le plus bas, sauf s'il existe un intérêt, en terme d'efficacité de l'action publique, à ce que la compétence soit mise en œuvre à l'échelon plus élevé. Dans le projet de révision constitutionnelle, la logique est, à l'inverse, celle d'un État unitaire qui a vocation à être décentralisé. En outre, le mouvement se fait du haut vers le bas, l'objectif recherché étant tout autant l'efficacité de l'action publique que la proximité de la décision ».

A- La poursuite d'une logique sensiblement différente

63. Le droit de l'Union Européenne est souvent identifié comme le domaine où le principe de subsidiarité fait l'objet des plus importants développements et approfondissements. Telle que définie à l'article 5 § 3 TUE¹⁶⁹, la subsidiarité communautaire est donc naturellement perçue comme la subsidiarité traditionnelle en ce qu'elle répond à une logique ascendante qui, par nature, caractérise le concept de subsidiarité et infère que les compétences soient exercées à la base et transmises seulement, par exception, à une autorité supérieure **(1)**. Si la subsidiarité constitutionnelle s'inspire très clairement de la subsidiarité communautaire¹⁷⁰, elle s'en distingue également en raison de sa dimension descendante **(2)**. Ces différents aspects de la subsidiarité contribuent ainsi à étayer la thèse d'une variabilité du principe en droit.

1- La dimension ascendante de la subsidiarité communautaire

64. Sans revenir sur les origines de la subsidiarité en droit de l'Union Européenne¹⁷¹, rappelons brièvement que le principe, introduit à l'article 3 B du TUE¹⁷², est consacré par le traité de Maastricht en tant que norme générale¹⁷³ ayant vocation à régir l'ensemble des compétences concurrentes, c'est-à-dire partagées entre l'Union et les Etats membres¹⁷⁴. Par

¹⁶⁹ L'article 5 § 3 du TUE (version consolidée par le traité de Lisbonne) stipule que : « *En vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union* ».

¹⁷⁰ J-F. BRISSON, « Les nouvelles clefs constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l'État et les collectivités locales », *AJDA*, 2003, p. 532.

¹⁷¹ A l'origine de la construction européenne, le principe était tout simplement absent des traités. L'introduction timide de la subsidiarité n'est, en effet, réalisée qu'avec l'Acte unique européen du 17 février 1986 et il n'est consacré que dans le domaine de la protection de l'environnement (voir l'ex-article 130 R §4 du traité de Rome, abrogé par la suite par le traité de Maastricht).

¹⁷² Article 3 B TUE (version issue du traité de Maastricht) stipule que : « *La Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le présent traité. Dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire. L'action de la Communauté n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent traité* ».

¹⁷³ Il est consacré en tant que norme générale dans la mesure où ce principe n'est plus limité au seul domaine de l'environnement, contrairement à l'ex-article 130 R §4 du traité de Rome.

¹⁷⁴ Cette définition négative entraîne des incertitudes quant à l'étendue exacte du champ d'application du principe. Une amélioration est toutefois à noter depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne qui propose une classification des compétences – dont les trois principales sont les compétences exclusives (article 3 TFUE),

conséquent, cette subsidiarité ne s'applique ni au domaine des compétences exclusives de l'Union ni à celui des compétences réservées aux Etats¹⁷⁵ et constitue, donc, « *un principe régulateur de l'exercice des compétences* »¹⁷⁶, non de répartition des compétences¹⁷⁷. La subsidiarité apparaît donc comme « *une sorte de principe directeur [définissant] la frontière entre les compétences des Etats membres et celles de l'Union* »¹⁷⁸ sans toutefois organiser une séparation stricte et permanente entre ces compétences¹⁷⁹. Ces divers éléments confirment que la subsidiarité communautaire ne vise pas à « départager » les compétences mais seulement à « réguler » leur exercice. Le principe de subsidiarité commande donc le déclenchement de l'action communautaire et, en ce sens, répond à un mouvement ascendant, c'est-à-dire où les compétences appartenant par principe aux Etats sont alors transmises au niveau supérieur, à savoir l'Union. Parce que la subsidiarité justifie un transfert de compétences vers une entité supérieure, elle peut être qualifiée de subsidiarité ascendante¹⁸⁰.

65. Pourtant, la question n'est pas sans ambiguïté, certains qualifiant la subsidiarité de « *principe décentralisateur [parce] qu'il donne la préférence aux Etats dans l'exercice des compétences partagées* »¹⁸¹. Cela signifierait-il donc que le centre de pouvoir se situe au niveau de l'Union et que le mouvement descendant de décentralisation s'exerce de la Communauté vers les Etats membres ? Assurément non puisque l'auteur poursuit en affirmant que « *l'intervention des Etats dans ces matières est la règle ; celle de la Communauté,*

partagées (article 4 TFUE) et d'appui (article 6 TFUE) - assortie d'une liste, non exhaustive, des domaines concernés.

¹⁷⁵ Voir, par exemple, les conclusions de l'avocat général M. Yves BOT présentées le 11 décembre 2012 sous les affaires jointes C-274/11 et 295/11, point 62.

¹⁷⁶ J-P. JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz, 7^{ème} édition, 2012, p. 176.

¹⁷⁷ Contrairement au principe de subsidiarité en droit de la Convention européenne, voir *infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1. Sur ce point, le Traité de Lisbonne opère désormais une nette distinction entre la délimitation des compétences régie par le principe d'attribution défini à l'article 5 § 2 du Traité sur l'Union européenne (version consolidée par le traité de Lisbonne) et l'exercice des compétences régi par les principes de subsidiarité et de proportionnalité.

¹⁷⁸ J-L CLERGERIE, A. GRUBER, P. RAMBAUD, *L'Union européenne*, 10^{ème} édition, Dalloz, 2014, p. 283.

¹⁷⁹ En effet, ce partage ne peut être immuable, il varie systématiquement dans le temps en fonction des conditions et circonstances de l'intervention, ainsi que des objectifs poursuivis. Voir J-P. DEROSIER, « La dialectique centralisation / décentralisation. Recherches sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité », *RIDC*, 2007, p. 129. L'auteur insiste tout particulièrement sur le fait que « *la subsidiarité ne peut indiquer une délégation figée : toute la portée du principe résid[ant] dans ce qu'il permet une souplesse dans la répartition des compétences* ».

¹⁸⁰ Voir, par exemple, J-B. D'ONORIO, « La subsidiarité, analyse d'un concept », in J-B. d'ONORIO (dir.), *La subsidiarité. De la théorie à la pratique*, Téqui, 1995, p. 27. L'auteur définit la subsidiarité ascendante comme celle « *où le pouvoir supérieur agit en suppléance des échelons inférieurs quand ils se trouvent incompetents ou dépassés* ».

¹⁸¹ F. DE QUADROS, *Droit de l'union européenne : Droit constitutionnel et administratif de l'Union européenne*, Bruylant, 2008, p. 172.

l'exception »¹⁸², ce qui justifie que le centre de pouvoir se situe bien au niveau étatique, la délégation s'exerçant vers la Communauté. Il nous semble que malgré ces flottements et dans la mesure où les compétences appartiennent par principe aux Etats, la subsidiarité joue nécessairement un rôle de délégation vers le haut. Le mouvement suivi est donc bien ascendant et ce, à l'inverse de la subsidiarité constitutionnelle qui poursuit une logique descendante.

2- La dimension descendante de la subsidiarité constitutionnelle

66. Tout d'abord, revenons très brièvement sur l'apparition de la subsidiarité constitutionnelle en France. Alors que certains la disait probablement « *incompatible avec la Constitution française* »¹⁸³ dans la mesure où il s'agit d'un Etat unitaire qui connaît historiquement une centralisation administrative et politique¹⁸⁴, le principe y fait toutefois une entrée implicite en 2003 à l'article 72 alinéa 2¹⁸⁵. En effet, la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 fut essentiellement motivée par le constat d'un Etat dépassé par ses prérogatives et donc plus apte à assumer seul l'entière des compétences publiques. La solution envisagée fut d'organiser un transfert de compétences vers les collectivités locales, ce transfert s'effectuant du niveau central vers les entités décentralisées¹⁸⁶. Dans cette optique, sont introduits à l'article 72 de la Constitution, des principes visant à déterminer la répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités locales¹⁸⁷, dont le principe de subsidiarité. Ainsi, cet article reconnaît aux collectivités territoriales une aptitude à exprimer l'intérêt général parfois de manière plus satisfaisante que l'Etat lui-même, et consacre leur « *vocation à prendre des décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en*

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ G. MARCOU, « Principe de subsidiarité, Constitution française et décentralisation », *Entre l'Europe et la décentralisation. Les institutions territoriales françaises*, J-C. NÉMERY et S. WACHTER (dir.), Éditions de l'Aube/DATAR, 1993, p. 86.

¹⁸⁴ Découle, entre autres, de cette organisation centralisée, un principe d'indivisibilité du pouvoir normatif de l'Etat qui laisse normalement peu de place à la subsidiarité. Voir par exemple A-S. MESCHERIAKOFF, « France », in R. ANDERSEN et D. DEOM (dir.), *Droit administratif et subsidiarité*, Bruylant, 2000, pp. 125-151, spéc. pp. 130-134.

¹⁸⁵ Article 72 alinéa 2 de la Constitution française, tel que révisé par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, dispose que : « *Les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon* ».

¹⁸⁶ Selon L. GUILLOUD, « Le principe de subsidiarité en droit communautaire et en droit constitutionnel », *op. cit.*, p. 56. Cette réforme s'inscrivait donc pleinement « *dans une perspective décentralisatrice et dans une volonté de renforcement des collectivités territoriales* ».

¹⁸⁷ J-F. BRISSON, « Les nouvelles clefs constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l'État et les collectivités locales », *op. cit.*, p. 531.

œuvre à leur échelon »¹⁸⁸. Dans cette hypothèse, la subsidiarité constitutionnelle s'inscrit au cœur d'une décentralisation des pouvoirs et doit être qualifiée de descendante¹⁸⁹ puisqu'elle vise à déléguer des pouvoirs vers un échelon inférieur. En effet, « *la décentralisation, au sens propre, part du centre et c'est le pouvoir central qui va, [...] de façon descendante, attribuer un certain nombre de compétences propres aux collectivités locales* »¹⁹⁰. Cependant, en raison du caractère unitaire de l'Etat, celui-ci conserve par principe la compétence normative et de contrôle des actes pris par les collectivités¹⁹¹, à qui il a conféré de nouvelles compétences. Cette transmission de haut en bas poursuit très clairement une logique inverse à la subsidiarité communautaire. Ainsi, le dossier portant sur « *Le principe de subsidiarité dans la révision constitutionnelle du 28 mars 2003* », publié conjointement à la décision n° 2005-516 DC du 07 juillet 2005, explique qu'« *en France, la subsidiarité s'applique dans un sens non plus ascendant, comme dans le cadre du droit communautaire où il appartient aux institutions communautaires de justifier leur intervention, mais descendant, c'est-à-dire de l'Etat vers les collectivités territoriales* »¹⁹².

67. Cette différence de conception de la subsidiarité a pu conduire certains auteurs à dissocier, voire opposer, les notions de subsidiarité et de décentralisation dès lors qu'elles répondent à des mouvements contraires¹⁹³.

Le Professeur Jean RIVERO, par exemple, met en concurrence la décentralisation où les compétences proviennent nécessairement du pouvoir central situé au sommet et ensuite déléguées à des entités inférieures – la décentralisation répondant systématiquement à un mouvement descendant – avec la subsidiarité qui suit un mouvement ascendant où les

¹⁸⁸ Article 72 alinéa 2 de la Constitution française, tel que révisé par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003.

¹⁸⁹ Voir, par exemple, J-B. D'ONORIO, « La subsidiarité, analyse d'un concept », *op. cit.*, p. 27. L'auteur définit la subsidiarité descendante comme celle « *où le pouvoir supérieur laisse autant d'attributions que nécessaire aux pouvoirs inférieurs* ».

¹⁹⁰ A. DELCAMP, « Droit constitutionnel et droit administratif : principe de subsidiarité et décentralisation », *RFDC*, 1995, n°23, p. 611.

¹⁹¹ J. FIALAIRE, « Synthèse générale », *op. cit.*, p. 18.

¹⁹² Dossier intitulé « Le principe de subsidiarité dans la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 », p. 3, attaché à la décision n°2005-516 DC du 07 juillet 2005 *Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique*, Rec. p. 102. Voir également, J-F BRISSON, « Les nouvelles clefs constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l'État et les collectivités locales », *op. cit.*, p. 532. L'auteur montre que le principe constitutionnel se distingue de celui de l'Union européenne, « *dans la mesure où [...] il vise à de larges délégations de compétences vers les collectivités locales et non, comme en droit communautaire, à faire remonter vers le niveau central les compétences qui ne sauraient être utilement exercées par les collectivités de base* ».

¹⁹³ Voir, entre autres, J. RIVERO, « Rapport de synthèse », Colloque sur Les compétences du pouvoir local dans les pays européen, in *Annuaire européen d'administration publique*, vol. III, 1980, p. 282 ; D. TRUCHET, « La subsidiarité vue par un administrativiste français », in *L'identité du droit de l'Union européenne, Mélanges en l'honneur de Claude BLUMANN*, Bruylant, 2015, p. 537.

compétences de principe sont à la base et les compétences d'attribution déléguées au niveau supérieur. Selon lui, cet antagonisme suffit à justifier que la décentralisation, loin de s'inscrire dans le cadre d'une logique subsidiaire, s'y oppose.

A l'inverse, d'autres expliquent – et nous partageons leur avis – que la décentralisation est tout simplement une forme d'application de la subsidiarité et qu'il s'agit donc de deux notions complémentaires¹⁹⁴. En effet, l'ambivalence naturelle de la subsidiarité, qui certes nuit à son identification, corrobore la thèse d'une subsidiarité s'articulant autour de conceptions différentes – négative et positive – pouvant être perçues comme quasi-antinomiques¹⁹⁵. Ainsi, de par son dynamisme, la subsidiarité cherche d'une part, à sauvegarder une totale autonomie de décision et d'action des collectivités locales et incite l'entité centrale à leur déléguer un maximum de compétences – c'est la subsidiarité descendante – et d'autre part, à encourager le secours des acteurs primaires *via* un transfert de compétences au niveau supérieur lorsqu'il s'avère plus efficace ; c'est la subsidiarité ascendante. Il semble donc excessif d'affirmer que ces deux principes d'organisation s'opposent dans la mesure où ces deux concepts poursuivent une « *finalité commune [...] qui tendrait [...] à renforcer les pouvoirs de la base par rapport au sommet* »¹⁹⁶. Ainsi, la subsidiarité n'est un principe ni centralisateur, ni décentralisateur, il est les deux à la fois, d'où sa variabilité et ambiguïté naturelle.

68. Le principe constitutionnel de subsidiarité s'est vu également renforcé par la consécration d'autres droits et principes¹⁹⁷, en particulier par le droit à l'expérimentation des collectivités¹⁹⁸. Afin de contrecarrer la problématique d'une inadaptation des normes étatiques souvent uniformes et ne répondant donc pas aux besoins et spécificités locales, une

¹⁹⁴ Voir, notamment, J-Ph. DEROSIER, « La dialectique centralisation / décentralisation. Recherches sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité », *RIDC*, 2007, p. 128.

¹⁹⁵ Voir *supra*, Introduction.

¹⁹⁶ A. DELCAMP, « Droit constitutionnel et droit administratif : principe de subsidiarité et décentralisation », *op. cit.*, p. 611.

¹⁹⁷ Le principe de subsidiarité peut par exemple trouver application dans la notion de « collectivité chef de file » qui, sans contrevenir au principe de non-hiérarchie entre les collectivités, constitue un principe visant à organiser l'enchevêtrement des compétences dont l'exercice nécessite le concours de plusieurs collectivités territoriales. Ainsi, lorsqu'une collectivité locale est mieux placée et plus efficace que les autres pour exercer une même fonction, un chef de file peut être désigné pour organiser les modalités d'une action commune. Les autres collectivités acceptent, par convention, de lui reconnaître cette responsabilité particulière.

¹⁹⁸ L'article 72 § 4 de la Constitution dispose que « *dans les conditions prévues par la loi organique, et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences* ».

collectivité pourra en effet expérimenter l'exercice de compétences spécifiques non possédées par d'autres¹⁹⁹. Cette innovation – toutefois mesurée²⁰⁰ – s'inscrit pleinement dans le prolongement du principe de subsidiarité²⁰¹ en ce qu'elle conduit à la recherche du niveau de décision le plus adapté pour déterminer les cadres normatifs de l'action locale²⁰². Parce que ce droit permet donc de tester puis d'identifier le niveau territorial de gestion le plus pertinent, la doctrine ira jusqu'à affirmer que « *cette subsidiarité expérimentale viserait à rompre avec la tradition d'une décentralisation octroyée puisque les collectivités décideraient elles-mêmes des transferts possibles en acceptant de les expérimenter. Cette démarche de subsidiarité serait donc ascendante* »²⁰³.

69. Il est vrai qu'au regard de l'habilitation législative et de la clause de compétence générale dont les collectivités territoriales disposent, c'est *in fine* une dynamique plutôt ascendante – du niveau communal vers le niveau départemental, régional etc. – qui s'exerce. Mais que ce mouvement soit descendant (en raison de la logique initiale de décentralisation) ou ascendant (en raison des effets tenant à la mise en œuvre de cette compétence), c'est bien ici la « *clause de compétence générale [qui] constitue la clé de voûte de la subsidiarisation du fondement de compétence des collectivités par la loi* »²⁰⁴. Notons à ce titre que malgré l'abrogation, par la loi NOTRe du 7 Août 2015²⁰⁵, de cette clause pour les départements et régions, la logique de subsidiarité n'est toutefois pas compromise dès lors que l'évolution de la clause de compétence générale, de ce fait réservée aux seules communes, « *n'empêche ni la participation du département de la région, sous la forme d'un soutien subsidiaire, à l'action*

¹⁹⁹ Sous la double condition d'un objet et une durée toutefois limités.

²⁰⁰ J-F. BRISSON parle d'un « *droit à demander une expérimentation* » plutôt qu'un droit à l'expérimentation dans la mesure, notamment, où la réforme constitutionnelle ne dépasse pas les limites déjà imposées par la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat. Voir J-F BRISSON, « Les nouvelles clefs constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l'État et les collectivités locales », *AJDA*, 2003, p. 536.

²⁰¹ G. CHAVRIER, « L'expérimentation locale : vers un Etat subsidiaire ? », *Annuaire des collectivités locales*, 2004, n°24, Vol. 24, pp. 46 et 47. L'auteur considère que ce droit à l'expérimentation permet « *un désengagement pragmatique de l'État par l'expérimentation de sa propre subsidiarité, à l'occasion des transferts expérimentaux de compétences aux collectivités territoriales* », si bien que l'article 37-1 de la Constitution (qui dispose que « *la loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental* ») permettrait « *une concrétisation pratique du principe de subsidiarité* ».

²⁰² J-F. BRISSON, « Les nouvelles clefs constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l'État et les collectivités locales », *op. cit.*, p. 535.

²⁰³ G. CHAVRIER, « L'expérimentation locale : vers un État subsidiaire ? », *op. cit.*, p. 48.

²⁰⁴ A. DURANTHON, *Subsidiarité et collectivités territoriales. Étude sur la subsidiarisation des rapports entre État et collectivités en droit public français*, Toulouse 1 Capitole, 2015, p. 142.

²⁰⁵ Loi n°2015-991 du 7 Août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République, JORF du 7 Août 2015, p. 13705. Cette clause de compétence générale s'était déjà vue encadrée par la Loi de réforme des collectivités territoriales du 17 novembre 2010, validée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2010-618 DC du 09 décembre 2010.

*des collectivités inférieures, ni le jeu relativement libre de l'identification d'intérêts départementaux et régionaux motivant la mise en œuvre de services publics locaux »*²⁰⁶.

70. Au-delà de ces éléments de différenciation de la subsidiarité constitutionnelle et communautaire, ces deux principes présentent une identité essentielle²⁰⁷ dans la mesure où ils n'imposent, ni l'un ni l'autre, une application locale systématique.

B- L'absence commune d'action nationale ou locale systématique

71. Si la motivation première du principe communautaire de subsidiarité est de protéger la souveraineté des États membres, le principe se présente également comme un moyen de répondre au déficit démocratique de l'Union en garantissant que les décisions soient prises le plus près possible des citoyens²⁰⁸. Cependant, à la lecture de l'article 5 § 3 TUE²⁰⁹, il apparaît très clairement que le principe de subsidiarité ne signifie pas qu'une action doit toujours être prise au niveau local mais impose cette proximité que lorsque cela s'avère nécessaire. En ce sens, la subsidiarité peut être définie comme la « *préférence [donnée] aux Etats dans la mise en œuvre des compétences que les traités considèrent comme étant partagées entre la Communauté et les Etats membres* »²¹⁰. L'idée de préférence nationale traduit parfaitement le concept classique de subsidiarité qui cherche à favoriser le niveau le

²⁰⁶ A. DURANTHON, *Subsidiarité et collectivités territoriales. Étude sur la subsidiarisation des rapports entre État et collectivités en droit public français*, op. cit., pp. 140 et 141.

²⁰⁷ En plus de l'objectif commun visant à limiter une centralisation des compétences au niveau communautaire ou central.

²⁰⁸ Le préambule du Traité UE fait référence à l'engagement des États dans la poursuite du « *processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe, dans laquelle les décisions sont prises le plus près possible des citoyens, conformément au principe de subsidiarité* ». Toutefois, la doctrine ne partage pas toujours la même opinion concernant les apports du principe de subsidiarité au problème du déficit démocratique de l'Union. Voir, par exemple, L. GUILLOUD, « Le principe de subsidiarité en droit communautaire et en droit constitutionnel », *LPA*, 2007, n°79, p. 55. L'auteur affirme que le principe n'est pas un remède au déficit démocratique car « *sa fonction consiste à organiser l'exercice des compétences dans l'Union européenne alors que le déficit démocratique implique une réflexion sur l'amélioration des procédures décisionnelles de l'Union européenne* ».

²⁰⁹ Pour rappel, l'article 5§3 TUE stipule qu'« *en vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union* ».

²¹⁰ F. DE QUADROS, *Droit de l'union européenne : Droit constitutionnel et administratif de l'Union européenne*, Bruylant, 2008, p. 171 (souligné par nous).

plus bas, sous réserve toutefois de son aptitude à agir. La compétence étatique est donc présumée, sauf en cas de preuve contraire et motivée, apportée par l'Union²¹¹.

72. Cette absence d'intervention nationale systématique est la conséquence directe d'une prise en compte du critère d'efficacité de l'action à accomplir²¹². En effet, si la possibilité d'action de l'Union semble limitée par l'exigence de défaillance étatique – et donc par une compétence de principe des Etats²¹³ – le second critère d'une efficacité maximale de l'action conduit à ce que la subsidiarité génère un double résultat : soit elle limite le champ d'action de l'Union à tout ce qui ne peut trouver une solution à l'échelon national, soit elle permet une extension incontrôlée des compétences de l'Union en « dépossédant » les Etats de leurs domaines d'action. La subsidiarité – principe manifestement ambigu²¹⁴ – est alors qualifiée de « *concept dynamique* »²¹⁵ ou de principe à « *double tranchant* »²¹⁶ qui permet tout aussi bien de protéger le niveau national que de favoriser l'action communautaire²¹⁷. Il est toutefois possible d'affirmer que le principe s'inscrit dans une dynamique de régulation de la dialectique centralisation/décentralisation²¹⁸ sans toutefois chercher à favoriser systématiquement le niveau le plus bas. En ce sens, la subsidiarité communautaire rejoint la subsidiarité constitutionnelle.

²¹¹ Voir V. CONSTANTINESCO, « Le principe de subsidiarité : un passage obligé vers l'Union européenne ? », in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean BOULOUIS*, Dalloz, 1991, p. 41. L'auteur affirme ainsi que « la subsidiarité serait un mécanisme de charge de la preuve : toute intervention de la Communauté, tout exercice communautaire d'une compétence concurrente serait subordonnée à l'exigence pour la Communauté de prouver [...] que son engagement est maintenant justifié ».

²¹² Comme précédemment expliqué, la régulation des compétences au regard du principe de subsidiarité s'opère en fonction de deux critères que sont l'insuffisance du niveau étatique et l'amélioration qualitative que doit apporter l'intervention de l'Union européenne vis-à-vis des Etats. Voir, *infra*, Introduction, § 1, A, 1, b.

²¹³ D'autant plus que ce n'est qu'« en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée » que l'Union européenne est réputée mieux placée pour intervenir.

²¹⁴ Voir le rapport n°46 de C. DE LA MALENE, *L'application du principe de subsidiarité*, Délégation du Sénat pour l'Union européenne, 1996, I.B.1. : « La formulation du principe de subsidiarité qu'a retenu le Traité reste suffisamment ambiguë pour que le caractère protecteur ou non de ce principe dépende en réalité de l'interprétation qui en est donnée dans chaque cas ».

²¹⁵ Voir, entre autres, Protocole (n°30) sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité annexé au Traité instituant la Communauté européenne par le Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997, § 3 (expression toutefois non reprise dans la version annexée au traité de Lisbonne) ; J-P. DEROSIER, « La dialectique centralisation / décentralisation. Recherches sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité », *RIDC*, 2007, pp. 107-140 ; S. GIROLAMO, « Le principe de subsidiarité dans la perspective de l'intégration européenne, une énigme et beaucoup d'attentes », *RTDE*, 1994, p. 377 ; C. MATHIS-CALVET, *Décentralisation et subsidiarité : les germes d'une évolution*, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2004, p. 11.

²¹⁶ Y. GAUDEMET, « Libres propos sur la subsidiarité, spécialement en Europe », in *Mélanges Paul AMSELEK*, Bruylant, 2005, p. 323.

²¹⁷ Nous verrons ultérieurement qu'un parallèle peut être fait avec la subsidiarité en droit de la Convention européenne qui tantôt justifie une retenue judiciaire et donc limite l'action de la Cour, tantôt justifie une extension de son contrôle lorsque la quête d'une harmonisation des droits l'exige. Voir *infra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

²¹⁸ Voir J-P. DEROSIER, « La dialectique centralisation / décentralisation. Recherches sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité », *op. cit.*, pp. 107-140.

73. La subsidiarité en droit constitutionnel consiste, en effet, à déterminer quel est le meilleur niveau territorial pour réaliser une action donnée et rejoint sur ce point la conception traditionnelle de la subsidiarité. Ainsi, l'article 72 § 2 n'énonce pas de liste énumérative des matières relevant de l'action locale dans la mesure où la prise en compte du critère de l'efficacité permet de faire évoluer le niveau d'action le plus pertinent²¹⁹. Ce critère de l'efficacité de l'action est d'ailleurs parfaitement mis en exergue par l'article 72 § 2 de la Constitution qui indique clairement que les collectivités territoriales auront vocation à prendre uniquement les décisions « *qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon* »²²⁰. Découle de cette prévalence de l'efficacité sur la proximité, une application locale non systématique et ce, même si l'essence de la subsidiarité veut que l'action centralisée soit par nature seconde²²¹. Le principe de subsidiarité formerait donc le pivot d'une pensée antisystématique²²² dans la mesure où une recentralisation reste donc toujours possible. Pour conclure, la conception classique du principe de subsidiarité ne doit pas être « *interprétée comme destinée à favoriser un localisme systématique et étroit* »²²³. Un autre domaine est symptomatique de cette absence de localisme systématique tout en encadrant plus strictement, néanmoins, l'action subsidiaire : le droit pénal.

§2- La définition d'une subsidiarité intermédiaire en droit pénal

74. Si pour certains, le principe de subsidiarité « *ne se rencontre guère en droit privé que dans le domaine de la procédure, pour qualifier une demande, un moyen ou l'exécution d'une obligation* »²²⁴, pour d'autres il y est « *récurrent* »²²⁵ car il concerne, entre autres, la

²¹⁹ La conséquence est donc semblable à celle du droit de l'Union Européenne : la subsidiarité ne permet pas d'établir une délimitation des compétences locales ni ne limite la compétence des collectivités aux seules affaires ayant un intérêt public local.

²²⁰ Article 72 alinéa 2 de la Constitution française, tel que révisé par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 (souligné par nous). J-F. BRISSON, « Les nouvelles clefs constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l'État et les collectivités locales », *op. cit.*, p. 532. L'auteur explique ainsi que « *la Constitution promeut une logique [...] exclusivement axée sur l'efficacité de l'action publique* ».

²²¹ B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, Dalloz, 3^{ème} édition, 2014, p. 507.

²²² G. DRAGO, « Le principe de subsidiarité comme principe de droit constitutionnel », *RIDC*, 1994, p. 584.

²²³ A. DELCAMP, « Droit constitutionnel et droit administratif : principe de subsidiarité et décentralisation », *RFDC*, 1995, n°23, p. 620.

²²⁴ *Ibid.*, p. 609.

subsidiarité de l'action en enrichissement sans cause²²⁶, la subsidiarité de l'obligation des associés d'une société civile²²⁷, les demandes subsidiaires²²⁸ etc. Malgré cette controverse, le principe de subsidiarité est toutefois reconnu comme occupant une place traditionnelle en droit pénal²²⁹, d'où notre choix de l'analyser dans ce domaine.

75. En droit pénal comme ailleurs, la subsidiarité vise à mettre de l'ordre dans un imbroglio de compétences et de juridictions en déterminant laquelle a priorité pour agir. Elle se voit donc dotée d'une double fonction : déterminer, d'une part, « *qui fait quoi ?* »²³⁰ c'est-à-dire quelles autorités seront compétentes pour agir notamment lorsque les juridictions nationales et internationales ont une compétence concurrente²³¹ et, d'autre part, « *que fait-on ?* »²³², interrogation qui renvoie elle-même à deux types de subsidiarité : la subsidiarité *du* droit pénal qui permet de déterminer s'il convient ou non d'intervenir pénalement et la subsidiarité *en* droit pénal qui permet de déterminer quel type de peine sera privilégié²³³. Sur ce dernier point, les Professeurs Michel VAN DE KERCHOVE et Sébastien VAN DROOGHENBROECK²³⁴ expliquent que le principe de subsidiarité impose une certaine retenue dans l'utilisation de la matière pénale, l'intervention pénale ne devant être envisagée que dans la mesure où aucune autre alternative n'est possible, qu'elle soit de nature civile²³⁵ ou administrative. En ce sens, « *le principe de subsidiarité commande de ne pas recourir au*

²²⁵ Terme utilisé dans le résumé de la thèse, sur la quatrième de couverture, d'A. GOUËZEL, *La subsidiarité en droit privé*, Economica, 2013. Voir également C. HABRE, *La subsidiarité en droit privé*, Université Panthéon-Assas, Paris, 2014.

²²⁶ Voir, entre autres, V. LARRIBAU-TERNEYRE, « A propos de la subsidiarité de l'action fondée sur l'enrichissement sans cause », *Droit de la famille*, 2008, n°10, pp. 20-21 ; J. RAYNARD, « À propos de la subsidiarité en droit privé », in *Mélanges Mouly*, Litec, 1998, p. 131.

²²⁷ Voir, entre autres, H. BERTHOUD-RIBAUTE, « La subsidiarité de l'obligation aux dettes de l'associé d'une société civile », *JCP E.*, 2002, n°27, 1046 ; F-X. LUCAS, « Exercice de l'action en paiement des dettes sociales », *Droit des sociétés*, 2006, n°5, comm. 73 ; A-F. ZATTARA-GROS, « N'est pas tiers qui veut ! - À propos de l'associé d'une société civile, prêteur à celle-ci... », *JCP G.*, 2012, n°38, 992.

²²⁸ Voir, entre autres, G. CHABOT, « Retour sur la subsidiarité des demandes en justice », *LPA*, 2013, n°131, pp. 7-10 et E. PUTMAN, « Remarques sur la demande subsidiaire », *JCP G.*, 1991, I 3493.

²²⁹ Les propos qui vont suivre sont essentiellement empruntés à M. VAN DE KERCHOVE et S. VAN DROOGHENBROECK, « La subsidiarité et le droit pénal : aspects nouveaux d'une question ancienne », in F. DELPEREE (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruylant, 2002, p. 153 et suiv.

²³⁰ *Ibid.*, p. 155.

²³¹ Voir *infra*, le prochain paragraphe (§. 3) où la subsidiarité est analysée lorsque employée en droit international des droits de l'homme.

²³² M. VAN DE KERCHOVE et S. VAN DROOGHENBROECK, « La subsidiarité et le droit pénal : aspects nouveaux d'une question ancienne », *op. cit.*, p. 155.

²³³ *Ibid.*

²³⁴ *Ibid.*

²³⁵ Voir, par exemple, G. SCHAMPS, « La subsidiarité du droit pénal par rapport au droit de la responsabilité civile : la problématique de la responsabilité des prestataires de soins de santé », in F. DELPEREE (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruylant, 2002, p. 161 et suiv.

droit pénal chaque fois que l'on pourrait atteindre le même but par des moyens plus doux »²³⁶. Et lorsque le droit pénal est forcément appliqué, la subsidiarité conduit enfin à privilégier les mesures les moins sévères, dès lors qu'elles permettent de poursuivre une même finalité. La détention provisoire, mesure particulièrement répressive, est par exemple dotée d'un caractère subsidiaire affirmé²³⁷.

76. En effet et bien que la subsidiarité de la détention provisoire se dessine en France²³⁸ dès les années soixante-dix²³⁹, c'est la loi du 5 mars 2007²⁴⁰ qui est venue confirmer son caractère subsidiaire en renforçant l'obligation de motivation de la décision de placement en détention provisoire. Désormais, elle ne pourra être décidée que si aucune autre solution juridique – notamment la mise sous contrôle judiciaire – n'apparaît satisfaisante, les juges devant toujours veiller à appliquer le dispositif le moins contraignant. Ces premières évolutions sont ensuite enrichies par les apports de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009²⁴¹ qui met en place une véritable hiérarchie des mesures privatives de liberté avant jugement en insérant une mesure intermédiaire à la détention provisoire : l'assignation à résidence avec surveillance électronique. Désormais, l'article 137 du Code de procédure pénale prévoit trois types de mesures, l'ordre choisi par le législateur étant évidemment proportionnel au degré d'atteinte porté à la liberté. Ainsi, la mesure prioritaire de restriction de liberté consistera toujours en un contrôle judiciaire. De manière subsidiaire, c'est-à-dire uniquement si cette mesure principale s'avère insuffisante, une assignation à résidence avec surveillance électronique pourra être décidée. Enfin, dans l'hypothèse où ni la première ni la seconde des mesures ne seraient jugées efficaces et donc suffisantes, la détention provisoire pourra être prononcée à titre exceptionnel²⁴².

²³⁶ M. VAN DE KERCHOVE et S. VAN DROOGHENBROECK, « La subsidiarité et le droit pénal : aspects nouveaux d'une question ancienne », *op. cit.*, p. 153.

²³⁷ Si bien que Christophe CARDET, par exemple, intitule son article « Le principe de subsidiarité de la détention provisoire », voir C. CARDET, « Le principe de subsidiarité de la détention provisoire » in *Mélanges Reynald OTTENHOF*, Dalloz, 2006, pp. 297-312.

²³⁸ Le principe de subsidiarité, notamment en ce qui concerne la détention provisoire, est également présent dans d'autres pays comme l'Angleterre et le Pays de Galles (Bail Act de 1976), l'Allemagne (article 112 du CPP), la Belgique (loi du 20 juillet 1990) etc.

²³⁹ La loi n°70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens est le premier pas vers une subsidiarité de la détention provisoire en ce qu'elle crée un substitut à celle-ci avec l'introduction de la mesure de contrôle judiciaire.

²⁴⁰ La loi n°2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs.

²⁴¹ La loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire (1).

²⁴² Voir A-S. CHAVENT-LECLERE, « Subsidiarité de la détention provisoire même en cas de délinquance organisée », *Procédures*, 2012, n°12, p. 30 et S. DETRAZ, « Subsidiarité de la détention provisoire par rapport au contrôle judiciaire », *JCP G.*, 2008, act. 203.

77. Cette hiérarchisation des mesures s'inscrit clairement dans une logique subsidiaire où seule l'inefficacité de la première mesure peut légitimer l'adoption de la seconde. La détention provisoire ne peut donc être ordonnée que s'il est clairement démontré qu'elle constitue le seul moyen permettant de satisfaire les nécessités de l'instruction ou représentant une mesure de sûreté nécessaire. La Cour de Cassation n'a d'ailleurs cessé d'affirmer que seule une motivation détaillée, quant au caractère inefficace de la mesure principale et à la pertinence de la mesure subsidiaire, permet l'adoption d'une mesure dérogatoire plus contraignante²⁴³.

78. Il en résulte que l'intervention de la détention provisoire sera nécessairement conditionnée par la preuve de l'inefficacité des mesures intermédiaires, étayée par des « *éléments précis et circonstanciés résultant de la procédure* »²⁴⁴. Le principe de subsidiarité, envisagé dans cette hypothèse, rejoint donc la subsidiarité constitutionnelle et communautaire : il n'impose pas une intervention *systématique* du premier élément (le contrôle judiciaire) dans la mesure où son inefficacité est consciencieusement démontrée. Si l'élément subsidiaire se présente comme le moyen d'atteindre les objectifs poursuivis, il sera privilégié.

79. Toutefois, une nuance est introduite en comparaison à l'acception classique de la subsidiarité puisque l'article 144 du Code de procédure pénale précise que la détention provisoire doit être « *l'unique moyen* » de parvenir aux objectifs recherchés. L'amélioration qualitative de la mesure subsidiaire vis-à-vis de la mesure principale n'est alors plus déterminante – contrairement au droit de l'Union Européenne notamment – seule l'inefficacité pure et simple de l'élément premier semble justifier le déclenchement de l'action subsidiaire. Ainsi, « *tant que l'élément premier n'est pas défaillant c'est-à-dire tant qu'il peut produire son effet juridique, l'élément subsidiaire est bloqué* »²⁴⁵.

80. Une approche plus stricte de la subsidiarité semble donc être privilégiée en droit pénal puisque, face à deux éléments concurrents poursuivant une même finalité, seule la

²⁴³ Voir, entre autres, Cass. Crim., 16 juillet 1997, pourvoi n°97-82539, Bull. crim. 1997, n°273 ; Cass. Crim., 8 avril 2010, pourvoi n°10-80.554, Bull. crim. 2010, n°61 ; Cass. Crim., 18 août 2010, pourvoi n°10-83.770, Bull. crim. 2010, n°123 ; Cass. Crim., 18 août 2010, pourvoi n°10-83.819, Bull. crim. 2010, n°124 et Cass. Crim., 17 octobre 2012, pourvoi n°12-85.082, Bull. crim. 2012, n°222.

²⁴⁴ Article 144 du Code de procédure pénale.

²⁴⁵ Voir le résumé de la thèse de A. GOUËZEL, *La subsidiarité en droit privé*, Droit privé, Paris 2, 2011 (version originale).

défaillance de l'élément principal – tenant à son inaptitude à remplir ses objectifs²⁴⁶ – justifie le recours à l'élément subsidiaire. En d'autres termes, ce n'est plus le critère d'efficacité de la mesure subsidiaire qui est pris en compte mais le critère de l'*inefficacité* de l'élément premier, seul déclencheur à l'adoption d'une mesure secondaire. La conception de la subsidiarité retenue en droit pénal se situe donc à mi-chemin – d'où l'idée de subsidiarité intermédiaire – entre la définition classique du principe, telle que retenue en droit communautaire et constitutionnel français, et la définition singulière du principe telle qu'esquissée en droit international des droits de l'homme.

§3- La singularité de la subsidiarité en droit international des droits de l'homme

81. La question de la présence du principe de subsidiarité en droit international est également sujette à discussions. Certains auteurs considèrent, en effet, que « *la subsidiarité n'est pas une règle de droit international, le bon niveau de compétence [étant] toujours celui de l'Etat dans la mesure où la souveraineté désigne précisément la plénitude des compétences* »²⁴⁷. Pour d'autres, la subsidiarité est manifestement présente en droit international – essentiellement en droit international des droits de l'homme²⁴⁸ – mais « *sous une forme différente et dans un contexte très spécifique, avec les notions de primauté et de complémentarité des juridictions pénales internationales* »²⁴⁹ ou encore de spécialité des organisations internationales. Toutefois, si le principe de complémentarité semble manifestement traduire l'idée de subsidiarité et démontrer sa singularité lorsque le principe est

²⁴⁶ A. GOUËZEL, *La subsidiarité en droit privé*, op. cit., p. 31.

²⁴⁷ P. SAUNIER, « Eléments de subsidiarité en droit international », in J-B. D'ONORIO (dir.), *La subsidiarité. De la théorie à la pratique*, op. cit., p. 145.

²⁴⁸ Le champ d'analyse de la subsidiarité en droit international nous semble devoir être circonscrit au domaine du droit international des droits de l'homme dans la mesure où ce principe n'est guère utilisé en droit international général. Le Professeur Paolo CAROZZA souligne, d'ailleurs, la corrélation évidente qui existe entre la subsidiarité et les droits humains à l'aune, notamment, des principaux documents constitutifs du droit international des droits de l'homme. Voir P. CAROZZA, « Subsidiarity as a Structural principle of International Human Rights Law », *AJIL*, 2003, p. 46. Lucille CALLEJON insiste, dans sa thèse de doctorat, sur le lien substantiel unissant le principe de subsidiarité (essentiellement envisagé dans sa dimension procédurale) et la nécessité de protéger les droits de l'homme au-delà de l'Etat. Elle va jusqu'à qualifier la subsidiarité de « *principe attaché au droit international des droits de l'homme* ». Voir L. CALLEJON, *Constitution internationale et droits de l'homme*, Université Montpellier I, 2013, p. 239.

²⁴⁹ P. TAVERNIER, « De la subsidiarité et de quelques notions voisines. Pérégrinations entre le droit international et le droit européen », in *La France, l'Europe et le monde. Mélanges en l'honneur de Jean CHARPENTIER*, Pedone, 2008, p. 219.

employé en droit international **(B)**, ceux de primauté et de spécialité doivent en être distingués **(A)**.

A- L'éviction initiale des notions de primauté et de spécialité

82. Avant tout développement ultérieur sur la question de la singularité du principe de subsidiarité, les notions de primauté et de spécialité doivent être préalablement écartées de l'analyse. En effet, le principe de primauté – bien que rejoignant en certaines hypothèses la logique subsidiaire – se présente plus naturellement comme opposé à la subsidiarité **(1)** tandis que le principe de spécialité n'apparaît que peu déterminant dans le cadre d'une démonstration de la singularité du principe de subsidiarité en droit international des droits de l'homme **(2)**.

1- L'opposition nuancée des principes de primauté et de subsidiarité

83. Le principe de primauté, consacré par les statuts des tribunaux pénaux internationaux pour l'Ex-Yougoslavie et pour le Rwanda, nous semble *a priori* distinct – pour ne pas dire opposé – au principe de subsidiarité. Alors que le premier paragraphe des articles 9 du Statut du TPIY et 8 du Statut du TPIR disposent que « *les tribunaux et les juridictions nationales sont concurremment compétents pour juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire* »²⁵⁰, le second paragraphe prévoit que « *le Tribunal international a la primauté sur les juridictions nationales* »²⁵¹, c'est-à-dire qu'à tout stade de la procédure, il peut demander officiellement aux juridictions nationales de se dessaisir de l'affaire. Ainsi, le principe de primauté semble, à l'inverse du principe de subsidiarité, consacrer une priorité d'action à l'échelon supérieur (en l'espèce, le tribunal international) vis-à-vis du niveau inférieur (en l'espèce, les Etats).

84. Toutefois et selon une approche systémique, ce principe doit être interprété à la lumière des autres articles des Statuts. Or, il est vrai que les articles 10 du Statut du TPIY et 9

²⁵⁰ Articles 9§1 du Statut du Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie et 8§1 du Statut du Tribunal Pénal International pour le Rwanda.

²⁵¹ Articles 9§2 du Statut du Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie et 8§2 du Statut du Tribunal Pénal International pour le Rwanda.

du Statut du TPIR – en ce qu'ils énoncent le principe classique *non bis in idem* – poursuivent toutefois « *une perspective de complémentarité et de subsidiarité* »²⁵² entre les juridictions nationales et internationales. Par ailleurs, il explique qu'en vertu du Règlement de procédure et de preuves amendé le 12 novembre 1997, il est toutefois possible de « *suspendre certains actes d'accusation et d'éviter un dessaisissement si les autorités nationales se montrent disposées à exercer les poursuites* »²⁵³. Cette combinaison des différentes dispositions témoigne de toute la réversibilité du principe de primauté²⁵⁴ qui, à l'exemple d'ailleurs de la subsidiarité, se présente tantôt favorable au maintien des compétences de l'Etat, tantôt favorable à l'extension des compétences des tribunaux. Sans y être totalement assimilé, le principe de subsidiarité ne peut donc être strictement opposé au principe de primauté. Pour autant, la notion de primauté nous semble devoir être écartée de l'étude de la singularité du principe de subsidiarité dans la mesure où la logique qu'elle poursuit tend à rejoindre celle de la subsidiarité en droit constitutionnel et communautaire qui, rappelons-le, ne privilégie pas systématiquement l'échelon le plus bas. Il en va de même s'agissant du principe de spécialité.

2- La combinaison peu déterminante des principes de spécialité et de subsidiarité

85. Le principe de subsidiarité en droit international est également à rapprocher de celui de spécialité qui suppose que les compétences des organisations internationales sont spécialisées, c'est-à-dire encadrées, limitées et surtout affectées par les dispositions du traité. En effet, le principe de subsidiarité est « *l'expression classique, dans tout traité constitutif d'une organisation internationale, du principe de spécialité selon lequel la souveraineté des Etats signataires n'est limitée au profit de l'organisation qu'en fonction des compétences et des pouvoirs qu'ils lui ont expressément attribués* »²⁵⁵. Parce que les Etats sont naturellement souverains, ils délèguent certaines de leurs compétences à une organisation internationale qui n'est alors titulaire que de compétences d'attribution.

²⁵² P. TAVERNIER, « De la subsidiarité et de quelques notions voisines. Pérégrinations entre le droit international et le droit européen », *op. cit.*, p. 230.

²⁵³ *Ibid.*, (souligné par nous). Voir également R. ADJOVI, « Le transfert d'affaires sous l'article 11 bis du Règlement de procédure et de preuves du Tribunal pénal international pour le Rwanda : l'affaire Michel Bagaragaza », in P. TAVERNIER (dir.), *Regards sur les droits de l'Homme en Afrique*, L'harmattan, 2008, pp. 165-195.

²⁵⁴ P. TAVERNIER, « De la subsidiarité et de quelques notions voisines. Pérégrinations entre le droit international et le droit européen », *op. cit.*, p. 230.

²⁵⁵ J. CHARPENTIER, « Quelle subsidiarité ? », *Pouvoirs*, 1995, n°69, p. 51.

86. Toutefois, le principe de spécialité n'empêche nullement un accroissement des compétences de l'organisation que ce soit par application de la théorie des pouvoirs implicites²⁵⁶ ou bien par l'attribution de compétences toujours plus vastes et générales. Intervient alors le principe de subsidiarité dans le but de pallier ces carences et limites. Dans cette hypothèse, la subsidiarité n'est pas « *un principe de répartition des compétences à l'échelle internationale, cette répartition s'effectuant selon le mécanisme de spécialité* »²⁵⁷ mais se voit investie d'une mission de prévention du développement démesuré des compétences des organisations internationales. La subsidiarité vise donc à rassurer les Etats et limiter l'extension incontrôlée des compétences de l'organisation en régulant leur exercice. Interprétée concomitamment avec le principe de spécialité, elle rejoint alors celle invoquée précédemment en droit communautaire²⁵⁸ d'où la nécessité de se concentrer désormais sur l'idée de complémentarité qui souligne davantage la spécificité du principe de subsidiarité.

B- Du principe de complémentarité à la spécificité du principe de subsidiarité

87. Le principe de complémentarité figure notamment dans le préambule²⁵⁹ et les articles 1^{er}²⁶⁰ et 17²⁶¹ du statut de Rome. Dans cette hypothèse, la notion de complémentarité établit un équilibre entre les compétences respectives de la Cour pénale internationale et celles des juridictions nationales tout en maintenant clairement le rôle *prioritaire* des Etats membres

²⁵⁶ Voir, entre autres, CIJ, avis consultatif, 11 avril 1949, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, Rec. 1949, p. 174 et suiv. La Cour y explique notamment ce qu'est la théorie des pouvoirs implicites : « *selon le droit international, l'Organisation doit être considérée comme possédant ces pouvoirs [implicites] qui, s'ils ne sont pas expressément énoncés dans la Charte, sont, par une conséquence nécessaire, conférés à l'organisation en tant qu'essentiels à l'exercice des fonctions de celle-ci* ».

²⁵⁷ M. CHEMILLIER-GENDREAU, « Le principe de subsidiarité : enjeu majeur, débat confus », *Le Monde diplomatique*, mardi 30 juillet 2002. Un parallèle peut être fait avec le principe d'attribution et de subsidiarité en droit communautaire.

²⁵⁸ Précisons que le choix d'analyser la subsidiarité en droit de l'Union européenne distinctement du principe de spécialité des organisations internationales classiques se justifie au regard de la perspective d'intégration – et non de coopération – poursuivie par l'Union Européenne qui, de ce fait, se présente comme une organisation internationale spécifique et unique.

²⁵⁹ Voir le considérant 10 du préambule du statut de la Cour pénale internationale qui précise que « *La cour pénale internationale dont le présent Statut porte création est complémentaire des juridictions pénales nationales* ».

²⁶⁰ L'article 1er du Statut de Rome énonce clairement que « *la Cour est complémentaire des juridictions pénales nationales* ».

²⁶¹ L'article 17 du Statut de Rome traite des questions relatives à la recevabilité.

dans la poursuite et la répression des crimes²⁶². Le dictionnaire SALMON insiste d'ailleurs sur « *le caractère accessoire de la compétence d'un tribunal pénal international par rapport à celle des juridictions pénales nationales* »²⁶³. Par accessoire, il faut donc comprendre secondaire, complémentaire, en un mot subsidiaire.

88. Cette subsidiarité ou complémentarité se matérialise tant au niveau législatif que juridictionnel. Tout d'abord, lorsqu'il s'agit de légiférer en matière pénale, la subsidiarité permet d'identifier les juridictions nationales comme prioritaires vis-à-vis des juridictions supranationales²⁶⁴. Sur le plan procédural ensuite, elle se concrétise par l'énoncé de conditions de recevabilité protectrices de la compétence juridictionnelle de principe des Etats parties au traité. Dans le cadre du statut de Rome, l'article 17 prévoit l'incompétence de la Cour lorsque l'affaire fait déjà l'objet d'une enquête ou de poursuites de la part d'un Etat compétent²⁶⁵, la Cour pénale internationale n'intervenant donc qu'en cas d'incapacité étatique²⁶⁶. Outre le cas particulier du droit international pénal, cette logique est également visible au sein de différents autres systèmes régionaux de protection des droits de l'homme, tels que le système interaméricain de la Convention interaméricaine des droits de l'homme ou le système européen de la Convention européenne des droits de l'homme qui, en tant que systèmes seulement complémentaires aux systèmes juridiques nationaux²⁶⁷, n'autorisent une saisine de la Cour qu'après épuisement préalable des voies de recours internes²⁶⁸. Le Professeur Sébastien TOUZE affirme d'ailleurs que cette règle classique du droit

²⁶² Voir, entre autres, A. CASSESE (dir.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, OUP Oxford, 2^{ème} édition, 2009, p. 156 et p. 346 ; O. TRIFFTERER (dir.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, Hart Publishing, 2^{ème} édition, 2008, p. 57.

²⁶³ J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, AUF, 2001, p. 1198, cité par P. TAVERNIER, « De la subsidiarité et de quelques notions voisines. Pérégrinations entre le droit international et le droit européen », *op. cit.*, p. 229.

²⁶⁴ M. VAN DE KERCHOVE et S. VAN DROOGHENBROECK, « La subsidiarité et le droit pénal : aspects nouveaux d'une question ancienne », in F. DELPEREE (dir.), *Le principe de subsidiarité*, *op. cit.*, p. 155.

²⁶⁵ L'article 17 § 1 énonce trois autres hypothèses d'irrecevabilité : b) L'affaire a fait l'objet d'une enquête de la part d'un Etat ayant compétence en l'espèce et cet Etat a décidé de ne pas poursuivre la personne concernée, à moins que cette décision ne soit l'effet du manque de volonté ou de l'incapacité de l'Etat de mener véritablement à bien des poursuites ; c) La personne concernée a déjà été jugée pour le comportement faisant l'objet de la plainte, et elle ne peut être jugée par la Cour en vertu de l'article 20 § 3 ; d) L'affaire n'est pas suffisamment grave pour que la Cour y donne suite.

²⁶⁶ Voir notamment, en ce sens, CPI, Ch. d'appel, 24 juillet 2014, *Al-Senussi*, ICC-01/11-01/11-T-6, affaire concernant la situation en Libye dans laquelle la Cour confirme son rôle seulement subsidiaire et déclare, de ce fait, l'affaire irrecevable. Pour ce faire, elle rappelle les deux critères cumulatifs exigés pour juger de l'incapacité de l'Etat au sens de l'article 17 du Statut, à savoir qu'il doit pouvoir être démontré que les investigations ou les poursuites menées en droit interne n'ont pas été conduites de façon indépendante ou impartiale et qu'elles ont été, au contraire, conduites d'une manière incompatible avec l'intention de traduire la personne présumée coupable en justice.

²⁶⁷ Voir *infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

²⁶⁸ Article 35 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme et 46 § 1 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme. Pour plus de développements, voir *infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, section 2.

international, affirmée et confirmée à plusieurs reprises par la Cour internationale de justice²⁶⁹, conditionne de manière générale la reconnaissance de droits individuels d'origine internationale à la personne privée dont les effets sont toujours à rechercher prioritairement au niveau national²⁷⁰. Par conséquent, la responsabilité de redresser les griefs incombe principalement aux États puis, seulement à titre secondaire, au juge international qui a alors pour rôle de pallier l'incapacité ou l'inaction des États. La subsidiarité impose donc, ici, et contrairement aux hypothèses précédentes, une intervention nationale *systématique* avant toute intervention subsidiaire²⁷¹.

89. Le principe de subsidiarité intervient également dans d'autres hypothèses²⁷², notamment lorsqu'il s'agit de régir les rapports entre différentes organisations internationales concurrentement compétentes. La subsidiarité peut en effet s'appliquer entre organisations internationales afin d'instaurer une sorte de « *hiérarchie institutionnelle* »²⁷³ et commander qui aura compétence pour agir. La subsidiarité s'analyse alors en une sorte de « *règle de procédure du droit de la paix* »²⁷⁴ que l'on retrouve implicitement, par exemple, à l'article 52 de la Charte des Nations Unis. En effet, cet article organise les rapports entre les organismes

²⁶⁹ Voir l'affaire CIJ, arrêt, 21 mars 1959, *Interhandel*, Rec. 1959, p. 6 qui consacre la règle de l'épuisement des voies de recours internes qui implique que tout requérant doit toujours s'adresser en premier au « *souverain territorial* » avant tout recours international ; confirmé, entre autres, par CIJ, arrêt, 27 juin 2001, *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, Rec. 2001, p. 465 et CIJ, arrêt, 31 mars 2004, *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, Rec. 2004, p. 12.

²⁷⁰ S. TOUZE, *La protection des droits des nationaux à l'étranger : recherches sur la protection diplomatique*, Pedone, 2007, p. 416.

²⁷¹ Attention, dans un cas (CPI) comme dans l'autre (Cour EDH), le caractère subsidiaire de l'intervention internationale se doit d'être nuancé dans la mesure où le juge international reste *in fine* maître de l'appréciation de l'incapacité des États ; voir, entre autres, A. CASSESE (dir.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, op. cit., p. 346 ; O. TRIFFTERER (dir.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, op. cit., p. 24.

²⁷² Le principe de subsidiarité intervient, par exemple, lorsqu'il s'agit de régler, au cours d'un litige, la confrontation entre une norme de droit interne et une norme de droit international, toutes deux applicables. Voir par exemple M-C. BERGERES, « Le principe de subsidiarité des conventions fiscales internationales », *Revue de Droit fiscal*, 2005, n°36, p. 30 et suiv. qui analyse le rôle de la subsidiarité dans le cadre d'une confrontation entre une norme nationale et une convention fiscale internationale. Il explique que, dans cette hypothèse particulière, le principe impose « *un mode de raisonnement en quelque sorte définitif et intangible* » selon lequel « *le juge doit d'abord s'interroger sur le fait de savoir si une solution peut être trouvée dans le droit interne. À défaut, il va appliquer la convention internationale* ». La subsidiarité suppose ainsi que « *l'examen des moyens fondés sur une méconnaissance du droit interne précède chronologiquement celui des moyens s'appuyant sur une violation du droit international* » (souligné par nous) tant et si bien que la norme nationale bénéficie automatiquement d'une application prioritaire. Voir également Polina KOURALEVA-CAZALS, « La subsidiarité des conventions fiscales au regard des questions de qualification », *Droit et Patrimoine*, 2016, n°255, pp. 63-65.

²⁷³ P. SAUNIER, « Eléments de subsidiarité en droit international », in J-B. D'ONORIO (dir.), *La subsidiarité. De la théorie à la pratique*, Téqui, 1995, p. 146.

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 147.

régionaux et l'ONU en ce qui concerne le maintien de la paix et de la sécurité internationale. Il prévoit qu'en matière de règlement pacifique des différends locaux, l'action des organismes régionaux sera privilégiée – voire même encouragée – par le Conseil de sécurité avant de lui être soumis. Ainsi, « *il s'agit bien d'une expression de la subsidiarité puisque le bon niveau de compétence est à l'échelon local* »²⁷⁵ et que « *seule l'absence de résultat au niveau régional conduit à saisir le Conseil de sécurité* »²⁷⁶.

90. Il résulte de l'analyse de ces quelques exemples d'application de la subsidiarité en droit international – spécifiquement en droit international des droits de l'homme – une mise en exergue de la spécificité du principe dans ce domaine. Cette singularité s'illustre au travers d'une intervention « étatique » automatique et ce, avant que tous autres niveaux secondaires ne puissent agir. Que ce soit en matière de compétences législatives, de compétences juridictionnelles (entre une juridiction nationale et internationale ou même entre un organisme régional et international) ou quant au choix du fondement juridique à privilégier (norme nationale ou internationale), la subsidiarité se distingue de sa définition classique qui fait normalement varier le niveau d'intervention en fonction de l'efficacité de l'action. En droit international, point de critère de la meilleure aptitude²⁷⁷, l'Etat – parce que souverain et indépendant – a une compétence première et systématique.

91. En conclusion, la subsidiarité – bien que non expressément consacrée en tant que telle – est incontestablement présente en droit international des droits de l'homme sous des formes diverses et variées. Si les principes de primauté et de spécialité nous semblent devoir en être distingués et ce, malgré le lien étroit qui les unit, la notion de complémentarité traduit bien, quant à elle, l'essence du principe de subsidiarité. L'analyse de ce domaine permet, en outre, de souligner la spécificité de la subsidiarité. Or, cette spécificité de la subsidiarité en droit international des droits de l'homme – se matérialisant au travers d'une protection accrue du niveau inférieur qui dispose d'une compétence prioritaire de principe – se justifie à deux égards. Si elle vise normalement à protéger l'autonomie de l'individu vis-à-vis des pouvoirs publics et donc de l'Etat en général, elle est ici d'une toute autre nature puisque c'est désormais « *l'Etat qui se trouve confronté à une organisation internationale susceptible de*

²⁷⁵ *Ibid.*

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 148.

²⁷⁷ De par leur proximité avec les questions à traiter, les Etats sont généralement jugés plus efficaces qu'un juge international.

venir empiéter sur ses compétences »²⁷⁸. Par ailleurs, si elle se construit normalement en opposition avec la souveraineté de l'Etat²⁷⁹ afin de la limiter pour protéger les autonomies locales, elle poursuit, en droit international et tout particulièrement en droit de la Convention européenne, une finalité inverse, celle d'une sauvegarde de cette souveraineté étatique²⁸⁰.

*
* *

92. De toute évidence, la subsidiarité est un principe particulièrement varié et variable. Découle en effet de la multiplicité de ses domaines d'application, une diversité évidente de significations et portées du principe de subsidiarité. Cette analyse comparative des sens juridiques du principe, aura permis de confronter les acceptions de la subsidiarité en droit communautaire, en droit constitutionnel et en droit pénal, ainsi que de souligner toute sa spécificité en droit international des droits de l'homme. Alors que la subsidiarité communautaire et constitutionnelle repose sur une définition classique de la notion, articulée autour des critères de proximité et surtout d'efficacité, et que la subsidiarité en droit pénal s'appuie sur une définition intermédiaire un peu plus protectrice de l'échelon inférieur, la subsidiarité en droit international se singularise en ce qu'elle induit une application nationale *systématique*. Le constat de variation du degré de protection de l'échelon inférieur – qui bénéficiera d'une compétence plus ou moins prioritaire selon la matière où la subsidiarité est employée – accredit *in fine* la thèse d'une hétérogénéité des sens du principe en droit et permet donc bien d'appréhender son instabilité, naturellement source d'ambiguïtés. Outre la variabilité générale de la subsidiarité en droit, l'absence de définition univoque du principe s'explique également au regard de l'origine prétorienne de la subsidiarité conventionnelle.

²⁷⁸ D. SZYMCAK, « Rapport introductif : Le principe de subsidiarité dans tous ses états », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, édition Nemesis, Anthemis, 2014, p. 22.

²⁷⁹ J. BARROCHE, « subsidiarité », <http://www.dicopo.fr/spip.php?article61>, cité par D. SZYMCAK, « Rapport introductif : Le principe de subsidiarité dans tous ses états », *op. cit.*, p. 23.

²⁸⁰ Pour plus de détails, voir *infra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 1, B.

SECTION 2 : L'ORIGINE PRÉTORIENNE DU PRINCIPE DE SUBSIDIARITÉ EN DROIT EUROPÉEN

93. L'origine prétorienne du principe de subsidiarité ne peut être discutée, c'est un fait. Même si le récent engouement pour ce principe²⁸¹ a eu pour résultat l'adoption d'un nouveau protocole d'amendement²⁸² prévoyant, pour la première fois, d'inscrire la subsidiarité dans le préambule de la Convention, elle n'avait jusqu'alors jamais été explicitement mentionnée dans le traité de protection des droits de l'homme. Son apparition dans la jurisprudence européenne n'est, elle, pas récente²⁸³ et marque surtout, pendant près de 60 ans, l'unique consécration jurisprudentielle d'un principe pourtant phare du droit européen. Le Professeur Frédéric SUDRE rappelle, à ce titre, que « *l'économie de la Convention EDH est toute entière fondée sur la notion de subsidiarité* »²⁸⁴.

94. Si les développements antérieurs ont permis de souligner toutes les disparités et fluctuations du principe de subsidiarité en droit, la présente analyse se bornera à apprécier l'inconstance de ce principe en droit européen spécifiquement. Plus que dans toute autre matière, la subsidiarité conventionnelle souffre, en effet, d'une indétermination manifeste dès lors qu'elle n'est ni définie par le texte de la Convention, ni clairement précisée par la jurisprudence européenne. Un examen de l'origine du principe conventionnel de subsidiarité s'impose donc pour illustrer l'absence de définition claire de ce mystérieux principe. Si l'absence originelle de consécration textuelle du principe ne signifie pas qu'il soit totalement étranger à la Convention, toutefois empreinte d'un caractère subsidiaire certain (§. 1), seule une analyse de son évolution dans la jurisprudence européenne (§. 2), récemment renforcée par un projet de consécration textuelle aux apports somme toute mesurés (§. 3), permettra de mieux appréhender ce principe aux contours flous.

²⁸¹ Voir, entre autres, les Conférences de haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme d'Interlaken les 18 et 19 février 2010, d'Izmir des 26 et 27 avril 2011, de Brighton des 18, 19 et 20 avril 2012 et de Bruxelles des 26 et 27 mars 2015.

²⁸² Protocole 15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales et adopté le 16 mai 2013.

²⁸³ C'est la Commission qui a, pour la toute première fois, affirmé le caractère subsidiaire du système européen dans la décision Com. EDH, déc., 18 décembre 1963, *De Buck et Koolen (1) c. Belgique*, req. n°1420/62 et al., Rec. 13, pp. 71-91, expliquant que « *la Convention assigne un rôle avant tout subsidiaire au mécanisme de garantie collective qu'elle instaure* ».

²⁸⁴ F. SUDRE, « La subsidiarité, “ nouvelle frontière ” de la Cour EDH. A propos des protocoles 15 et 16 à la Convention », *JCP G.*, 2013, n°42, doct. 1086, p. 1912.

§1- L'absence originelle de consécration textuelle du principe

95. En droit européen des droits de l'homme et « à la différence des traités fondateurs de l'Union européenne, le principe de subsidiarité n'est expressément mentionné nulle part dans le texte de la Convention ou de ses protocoles »²⁸⁵. Il apparaît donc légitime de s'interroger sur les fondements du principe de subsidiarité en droit européen. Bien que non inscrit formellement dans le traité européen d'origine, il est toutefois exprimé par différentes dispositions conventionnelles qui renvoient donc, de manière implicite, au principe de subsidiarité (A). Cela étant, ce principe reste essentiellement motivé par le souci de préserver la souveraineté étatique des Etats parties à la Convention (B).

A- Les références conventionnelles implicites au principe

96. En tant que « pilier de la Convention »²⁸⁶, la subsidiarité est manifestement un principe qui irrigue le droit européen. En toute logique, la subsidiarité est donc nécessairement présente, du moins en filigrane, au sein du texte conventionnel. Le principe transparaît en effet dans différentes dispositions du traité²⁸⁷ qui mettent, ainsi, en exergue tant la dimension procédurale (1) que substantielle (2) de la subsidiarité.

1- La dimension procédurale du principe de subsidiarité

97. La dimension procédurale du principe, également appelée dimension juridictionnelle de la subsidiarité, s'exprime à deux niveaux au sein du texte de protection des droits de l'homme : d'une part, en amont du contrôle européen, elle renvoie à l'idée selon laquelle le justiciable ne s'adressera à la Cour qu'après épuisement des voies de recours internes dans la mesure où la Convention confie, en premier lieu, aux autorités nationales le

²⁸⁵ Note du jurisconsulte de la Cour européenne, sur le « Principe de subsidiarité », dans le cadre du *Suivi d'Interlaken*, 8 juillet 2012, p. 2, disponible sur :

http://www.echr.coe.int/Documents/2010_Interlaken_Follow-up_FRA.pdf

²⁸⁶ Cour EDH, Gde ch., 15 mars 2012, *Austin et autres c. Royaume-Uni*, req. n°39692/09 et al., Rec. 2012, § 61 ; *JCP G.*, 2012, n°15, 455, obs. F. SUDRE ; *JDI*, 2013, n°4, pp. 1229-1233, note A. SCHILL.

²⁸⁷ Voir, entre autres, J. CALLEWAERT, « La subsidiarité dans l'Europe des droits de l'homme : la dimension substantielle », in M. VERDUSSEN (dir.), *L'Europe de la subsidiarité*, Bruylant, 2000, p. 13 et H. PETZOLD, « The Convention and the Principle of Subsidiarity », in R. St. J. MACDONALD, F. MATSCHER et H. PETZOLD (dir.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff, La Haye, 1993, pp. 41 et suiv.

soin d'assurer prioritairement la protection des droits et libertés qu'elle consacre. D'autre part, en aval du contrôle de la Cour, elle renvoie à l'obligation étatique de mise en conformité avec les exigences conventionnelles découlant de l'arrêt de condamnation. Mais, pour ce faire, l'Etat reste en principe libre de choisir les moyens à prendre, la Cour n'étant nullement compétente pour lui dicter les mesures nationales adéquates à adopter.

98. **En amont du contrôle européen** – Dans cette hypothèse, plusieurs dispositions conventionnelles doivent être analysées.

Tout d'abord, le principe de subsidiarité découle, selon les termes même du juge européen, « *d'une lecture combinée des articles 1 et 19 de la Convention* »²⁸⁸. En effet, l'article 1^{er} – tel qu'interprété par la Cour – impose aux Etats une obligation à la fois positive et négative de respect des droits et libertés garantis par la Convention et leur confère, par conséquent, la responsabilité première dans ce rôle de protection des droits²⁸⁹. La Cour souligne d'ailleurs l'intime relation unissant l'article 1^{er} au principe de subsidiarité dans l'arrêt Scordino contre Italie (n°1) où elle affirme « *qu'en vertu de l'article 1, [...] la mise en œuvre et la sanction des droits et libertés garantis par la Convention revient en premier chef aux autorités nationales. Le mécanisme de plainte devant la Cour revêt donc un caractère subsidiaire par rapports aux systèmes nationaux* »²⁹⁰. Par ailleurs, l'article 19 de la Convention²⁹¹ – lorsque combiné à l'article 1^{er} – confirme l'approche selon laquelle la Cour n'est instituée que dans le but d'assurer le respect des engagements des Etats, à qui il incombe donc, en priorité, d'assurer la protection des droits garantis.

La dimension procédurale du principe de subsidiarité est, toutefois, exprimée de manière plus probante à l'article 35 § 1 de la Convention²⁹² souvent identifié d'ailleurs comme « *le corollaire naturel et indispensable de ce principe* »²⁹³. Résulte de cet article, « *l'obligation faite au requérant d'épuiser [l'ensemble] des voies de recours internes avant de saisir la*

²⁸⁸ Cour EDH, Gde ch., 15 mars 2012, *Austin et autres c. Royaume-Uni*, op. cit.

²⁸⁹ Plus précisément, l'article 1^{er} de la CEDH stipule que « *Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention* ».

²⁹⁰ Cour EDH, Gde ch., 29 mars 2006, *Scordino c. Italie n°1*, req. n°36813/97, Rec. 2006-V, § 140 ; *JDI*, 2007, n°2, pp. 693-696, note O. MATTER.

²⁹¹ L'article 19 de la Convention européenne stipule que « *afin d'assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties contractantes de la présente Convention et de ses Protocoles, il est institué une Cour européenne des droits de l'homme, ci-dessous nommée "la Cour". Elle fonctionne de façon permanente* ».

²⁹² L'article 35 § 1 de la Convention européenne stipule que « *La Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus, et dans un délai de six mois à partir de la date de la décision interne définitive* ».

²⁹³ J-P. COSTA, « Intervention introductive » devant le Conseil d'Etat, lors de la conférence sur *Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme*, Paris, le 19 avril 2010.

Cour »²⁹⁴. La règle de l'épuisement des voies de recours internes entérine alors la thèse du rôle prioritaire des Etats membres dans l'application de la Convention. En vertu du principe de subsidiarité, la Cour ne pourra donc être déclarée compétente qu'après que les Etats aient été en mesure de redresser eux-mêmes la violation invoquée.

Enfin, et « à l'instar de l'article 35 § 1, l'article 13 reflète [également] le principe de subsidiarité »²⁹⁵. En effet, cet article – qui institue le droit à un recours effectif²⁹⁶ – fait directement « écho »²⁹⁷ à l'article 35 § 1 dans la mesure où la règle de l'épuisement des voies de recours internes doit, de jurisprudence constante, « s'appliquer avec une certaine souplesse et sans formalisme excessif »²⁹⁸ et est donc conditionnée par l'exigence d'effectivité des recours à épuiser. Ainsi, le caractère subsidiaire du système européen de protection des droits, essentiellement matérialisé par l'article 35 § 1, dépend de la qualité des recours internes qui se doivent donc d'être effectifs et efficaces²⁹⁹. Ainsi, le principe de subsidiarité « trouve son expression formelle tout particulièrement dans les articles 1, 13 et 35 de la Convention »³⁰⁰. Ces différentes dispositions – dont la combinaison de l'article 1^{er} avec l'article 19 – sont ici source d'une subsidiarité procédurale dans la mesure où elle « se manifeste dans les dispositions qui gouvernent l'accès aux organes de Strasbourg »³⁰¹. Ces articles traduisent l'idée que les autorités nationales sont les premiers garants de la protection des droits et que la Cour n'intervient donc qu'en cas de carence ou de défaillance de celles-ci.

99. **En aval du contrôle européen** – Outre au moment de l'accès au juge européen, la subsidiarité se matérialise également au moment de l'exécution des arrêts de la Cour. En vertu de l'article 46 § 1 de la Convention, les Etats se sont en effet engagés à se conformer

²⁹⁴ *Ibid.* Pour plus de précisions concernant l'exigence d'épuisement des voies de recours internes, voir *infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2.

²⁹⁵ Cour EDH, 15 juillet 2002, *Stratégies et Communications et Dumoulin c. Belgique*, req. n°37370/97, § 54.

²⁹⁶ L'article 13 de la Convention européenne stipule que « Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ».

²⁹⁷ J-P. COSTA, « Intervention introductive » devant le Conseil d'Etat, *op. cit.*

²⁹⁸ Entre autres, Cour EDH, 4 juin 2013, *Özalp Ulusoy c. Turquie*, req. n°9049/06, § 61 ; Cour EDH, 7 avril 2015, *Cestaro c. Italie*, req. n°6884/11, § 151 ; Cour EDH, 29 octobre 2015, *Valada matos das neves c. Portugal*, n°73798/13, § 70.

²⁹⁹ Pour plus de précisions concernant l'exigence d'effectivité des recours à épuiser, voir *infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

³⁰⁰ P. BOILLAT, « Conclusions », *Vers une mise en œuvre renforcée de la Convention EDH au niveau national*, Colloque de Stockholm les 9 et 10 juin 2008.

³⁰¹ P. TAVERNIER, « De la subsidiarité et de quelques notions voisines. Pérégrinations entre le droit international et le droit européen », *op. cit.*, p. 220.

aux arrêts définitifs et obligatoires de la Cour dans les litiges auxquels ils sont parties. L'engagement de la responsabilité internationale engendre alors trois types d'obligations pour l'Etat condamné : il lui incombe tout d'abord, « *une obligation de cessation de l'illicite* »³⁰² qui impose donc à l'État de mettre un terme à la violation constatée par la Cour. Lui incombe ensuite, « *une obligation de réparation* »³⁰³ des dommages causés par la violation et donc l'obligation d'effacer les conséquences de cette violation de manière à rétablir au mieux la situation antérieure à celle-ci. Enfin, est opposable à l'Etat une « *obligation de non répétition de l'illicite* »³⁰⁴ afin d'éviter le renouvellement des violations semblables et la multiplication des requêtes répétitives. Toutefois, le principe de subsidiarité garantit à l'Etat un respect de son libre choix des moyens de mise en conformité avec l'arrêt de la Cour, comme énoncé dans l'arrêt Papamichalopoulos et autres contre Grèce³⁰⁵. Le juge européen confirme d'ailleurs que « *ce pouvoir d'appréciation quant aux modalités d'exécution d'un arrêt traduit la liberté de choix dont est assortie l'obligation primordiale imposée par la Convention aux États contractants : assurer le respect des droits et libertés garantis* »³⁰⁶. Si la subsidiarité apparaît donc, à divers titres, dans le texte de la Convention européenne concernant sa dimension procédurale, elle y est également transcrite dans le cadre de sa dimension substantielle.

2- La dimension substantielle du principe de subsidiarité

100. La subsidiarité, dans sa dimension substantielle ou matérielle, traduit l'idée selon laquelle « *l'instrument international des droits de l'homme n'a pas vocation à se substituer au droit national mais plus modestement qu'il le complète afin de garantir un niveau minimal de protection* »³⁰⁷. En ce sens, la Convention poursuit un objectif d'harmonisation – non

³⁰² E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Dossiers sur les droits de l'homme n°19, Conseil de l'Europe, 2008, p. 10.

³⁰³ *Ibid.*

³⁰⁴ *Ibid.*

³⁰⁵ Cour EDH, 31 octobre 1995, *Papamichalopoulos et al. c. Grèce*, req. n°14556/89, série A n°330-B, § 34 : « *les États contractants parties à une affaire sont en principe libres de choisir les moyens dont ils useront pour se conformer à un arrêt constatant une violation* » ; GACEDH, n°75 ; RTDH, 1997, n°31, pp. 477-492, obs. M-A. BEERNAERT ; AFDI, 1995, 503, chron. V. COUSSIRAT-COUSTERE. Pour plus de détails, voir *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2.

³⁰⁶ *Ibid.*

³⁰⁷ E. MANIRAKIZA, *La subsidiarité procédurale dans le système africain de protection des droits de l'homme*, Thèse pour le Doctorat des Facultés universitaires de Namur, 2009, p. 4.

d'uniformisation – des droits nationaux et permet donc la reconnaissance d'une certaine autonomie nationale ; c'est ce qu'il ressort de l'article 53 de la Convention³⁰⁸.

101. Outre sa fonction de gestion des éventuels conflits entre les normes conventionnelles et nationales, cet article renforce l'autonomie des Etats et le caractère prioritaire de leurs compétences. Les Etats peuvent en effet développer une protection accrue des droits que celle prévue par la Convention. Ainsi, « *ce n'est qu'à défaut de dispositions nationales plus protectrices que s'appliqueront celles de la CEDH, d'où leur nature subsidiaire* »³⁰⁹. Les Etats, dans le cadre de leurs propres législations nationales ou adhésions à d'autres traités internationaux, peuvent donc prévoir une protection plus importante des droits humains, ce que la Cour confirme notamment dans son arrêt Parti unifié de Turquie et autres contre Turquie³¹⁰. Si ce n'est que cet article démontre toute la modestie du système conventionnel – en ce qu'il anticipe les possibles insuffisances de la Convention – il atteste surtout que toute carence éventuelle du texte ne doit pas être perçue comme une limite au niveau de protection, la Convention ne disposant d'ailleurs d'aucune primauté absolue sur les droits internes et autres traités. Il reviendra donc au juge national de veiller à faire le choix de la base juridique la plus protectrice³¹¹.

102. S'il apparaît prématuré de s'interroger sur les raisons d'une telle absence de référence expresse au principe de subsidiarité dans le texte originel de la Convention – la réponse nous semblant dépendre de l'analyse de sa mise en œuvre par le juge³¹² – il est toutefois possible de remarquer que même s'il irrigue généralement les autres systèmes régionaux de protection des droits de l'homme, il n'a pas non plus été inscrit formellement dans leurs textes fondateurs³¹³. Cela étant et que ce soit dans le cadre du système européen ou

³⁰⁸ L'article 53 de la Convention européenne stipule qu'« aucune des dispositions de la présente Convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie contractante ou à toute autre Convention à laquelle cette Partie contractante est partie ».

³⁰⁹ J. CALLEWAERT, « La subsidiarité dans l'Europe des droits de l'homme : la dimension substantielle », *op. cit.*, p. 16.

³¹⁰ Cour EDH, Gde ch., 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, req. n°19392/92, Rec. 1998-I, § 28 : « par son système de garantie collective des droits [...], la Convention vient renforcer, conformément au principe de subsidiarité, la protection qui en est offerte au niveau national, sans jamais lui imposer de limites » ; *GACEDH*, n°6 ; *RTDH*, 1999, n°38, pp. 301-350, comm. B. DUARTE ; *JDI*, 1999, n°1, pp. 213-215, note S. WOHLFAHRT.

³¹¹ Pour plus de détails sur les implications de la dimension substantielle de la subsidiarité, voir *infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2.

³¹² Objet de la Partie 2, voir *infra*.

³¹³ Voir, notamment, la Convention interaméricaine des droits de l'homme entrée en vigueur le 18 juillet 1978 et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples entrée en vigueur le 21 octobre 1986 dont les systèmes

dans le cadre des autres systèmes régionaux de protection des droits de l'homme, le principe de subsidiarité est incontestablement motivé par le souci de protéger la souveraineté des Etats membres.

B- La protection des souverainetés étatiques, principal fondement du principe

103. Là est la principale innovation de la subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne. Alors que dans « *le cadre de la théorie politique, la subsidiarité a plutôt pour effet de contester, voire de remettre en cause, la souveraineté de l'Etat [...], dans le système de la Convention, son but premier semble être à l'inverse de [la] préserver* »³¹⁴. La combinaison « subsidiarité/souveraineté » n'étant toutefois pas évidente, il est nécessaire d'apporter, tout d'abord, quelques précisions sémantiques sur la notion même de souveraineté **(1)** afin de l'envisager, ensuite, dans le domaine spécifique des droits de l'homme **(2)**, ce qui nous permettra, enfin, de la rapprocher de la notion de subsidiarité telle que définie en droit européen **(3)**.

1- Précisions liminaires concernant la notion de souveraineté

104. La notion de la souveraineté désigne « *non pas une puissance, mais bien une qualité, une certaine façon d'être, un certain degré de puissance. La souveraineté, c'est le caractère suprême d'un pouvoir : suprême en ce que ce pouvoir n'en admet aucun autre ni au-dessus de lui, ni en concurrence avec lui* »³¹⁵. La souveraineté renvoie à l'idée d'une puissance suprême, absolue et inconditionnée de l'Etat qui est souverain dès lors qu'il possède « *le pouvoir ultime de tout faire* »³¹⁶.

de protection afférents fonctionnent sur une logique subsidiaire sans que ce principe ne soit textuellement consacré.

³¹⁴ D. SZYMCZAK, « Rapport introductif : Le principe de subsidiarité dans tous ses états », *op. cit.*, p. 23. Voir également J. BARROCHE, « La subsidiarité française existe-t-elle ? », p. 10, article disponible sur : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC4/BarrocheTXT.pdf>

³¹⁵ R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Dalloz (Réédition), 2003, p. 70.

³¹⁶ M. TROPER, « L'Europe politique et le concept de la souveraineté », in O. BEAUD, A. LECHEVALIER, I. PERNICE et al. (dir.), *L'Europe en voie de Constitution. Pour un bilan critique des travaux de la Convention*, Bruylant, 2004, p. 117.

105. Ainsi perçue, la souveraineté revêt une double dimension³¹⁷, à la fois interne³¹⁸ – mais non opérante en l’espèce – et externe ou également appelée souveraineté internationale. La souveraineté externe qui garantit l’indépendance politique et territoriale de l’État sur la scène internationale doit alors s’entendre comme « *une qualité du pouvoir que le droit international reconnaît à l’Etat, et si cette qualité est de n’être pas soumise à un pouvoir supérieur, alors elle s’analyse comme une liberté, la liberté qu’a l’Etat de faire ce qui est en son pouvoir* »³¹⁹. Mais cette liberté, traditionnellement reconnue à l’Etat en droit international, se voit sensiblement limitée lorsque envisagée dans des domaines relatifs aux droits humains. Rappelons brièvement que le développement de la protection des droits de l’homme s’est, à l’origine, posé dans le seul cadre étatique, à l’exemple – entre autres – de la Magna Carta ou de la Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen. Or et comme le souligne le Professeur Pierre-Henri IMBERT, le caractère essentiellement national de la proclamation des droits de l’homme est un des éléments révélateurs de l’ambivalence des rapports entre les droits de l’homme et l’Etat souverain³²⁰ qui souhaite, dans la mesure du possible, garder la main mise sur la détermination de ces droits. A la suite de la seconde guerre mondiale, la reconnaissance des droits de l’homme s’est toutefois largement étendue à la sphère internationale. Mais cette prolifération des sources de protection des droits humains s’est alors confrontée à la difficulté, régulièrement évoquée, de « *l’antinomie entre souveraineté et droits de l’homme* »³²¹.

³¹⁷ Les souverainetés externe et interne ne doivent toutefois pas être vues comme deux souverainetés différentes et donc distinctes. En effet, « *l’une et l’autre se ramènent à cette notion unique d’un pouvoir qui n’en connaît aucun autre au-dessus de lui* », R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l’État*, op. cit., p. 71.

³¹⁸ En tant que principe de droit interne, elle renvoie à l’idée d’un pouvoir inconditionné, absolu et supérieur à toutes les autorités au sein de cet Etat. Il appartient donc à l’Etat et à lui seul de déterminer les compétences de chacun de ses organes nationaux et collectivités territoriales ainsi que les règles qui s’appliqueront à l’ensemble de ses nationaux et autres personnes résidant sur le territoire. La souveraineté interne de l’Etat sert donc ici « *à exprimer que la puissance étatique est la plus haute puissance existant à l’intérieur de l’Etat, qu’elle est une summa potestas* ». Voir R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l’État*, op. cit., p. 71.

³¹⁹ J. COMBACAU, « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale des Etats », *Pouvoirs*, 1993, n°67, p. 51.

³²⁰ P-H. IMBERT, « L’apparente simplicité des droits de l’homme : réflexions sur les différents aspects de l’universalité des droits de l’homme », *RUDH*, 1989, p. 20.

³²¹ P. CAROZZA, « Subsidiarity as a Structural principle of International Human Rights Law », *AJIL*, 2003, p. 63 et suiv.

2- La difficile appréhension de la souveraineté dans le domaine des droits de l'homme

106. « *Antinomiques et inconciliables : tels apparaissent [en effet] les concepts de souveraineté des Etats et de respect des droits de l'homme comme si la réalisation de l'un ne pouvait s'effectuer qu'aux dépens de l'autre* »³²². Le Professeur Hélène RUIZ FABRI confirme cette contradiction. Elle considère que le développement de la protection des droits de l'homme suppose nécessairement une limitation de la souveraineté³²³ ; l'Etat ne pouvant plus agir librement puisque contraint de respecter les droits fondamentaux de l'homme sans même pouvoir en retirer un quelconque intérêt direct³²⁴, hormis éventuellement politique³²⁵. Pourtant, s'il y a bien une opposition entre la souveraineté et le respect des droits de l'homme, il ne s'agit toutefois pas d'une antinomie absolue³²⁶. En effet, « *ces deux éléments s'inscrivent dans un mouvement d'ensemble qui les dépasse et les conduit à établir un certain équilibre* »³²⁷ entre eux dans la mesure, notamment, où l'évolution permanente de la sauvegarde des droits humains est avant tout possible grâce au consentement libre d'Etats souverains³²⁸. Finalement, « *la souveraineté est à la fois l'obstacle et le moteur de l'universalité [et du développement] des droits de l'homme* »³²⁹. Un obstacle donc, mais également un moteur puisque les Etats ont librement élaboré, adopté et ratifié des textes favorables au développement de ces droits naturels de l'homme et ce, bien qu'également sources d'obligations toujours plus contraignantes à leur égard. Cette souveraineté internationale – précisée dans son sens et dans ses rapports singuliers avec les droits de l'homme – est enfin à rapprocher de la notion de subsidiarité.

³²² M. OREJA, « Souveraineté des Etats et respect des droits de l'homme », in *Protection des droits de l'Homme : dimension européenne. Mélanges en l'honneur de Gérard J. WIARDA*, Carl Heymanns Verlag, 1998, p. 8.

³²³ H. RUIZ FABRI, « Droits de l'homme et souveraineté de l'Etat : les frontières ont-elles été substantiellement redéfinies ? », in *Les Droits individuels et le juge en Europe. Mélanges FROMONT*, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, p. 376.

³²⁴ M. OREJA, « Souveraineté des Etats et respect des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 10 : « *pourquoi les Etats devraient-ils respecter certains droits fondamentaux de la personne alors que ces droits n'offrent pour ces Etats aucun intérêt direct et que leur respect ne leur apporte aucun avantage concret ? [...] d'autant que l'un des principes qui pourrait expliquer l'acceptation par les Etats de droits et devoirs internationaux – [...] le principe de réciprocité – est étranger au domaine des droits de l'homme* ».

³²⁵ *Ibid.* p. 15. Comme l'explique l'auteur, les droits de l'homme dépassent, en effet, « *le seul cadre de l'Etat et concernent la société civile et la communauté internationale* » dans son ensemble, ce qui doit par conséquent, « *faire comprendre à l'Etat qu'il perdra tout crédit s'il mène une action diplomatique contraire aux principes qui fondent sa souveraineté interne, laquelle est [finalement] relative et non absolue* ».

³²⁶ *Ibid.*, p. 12.

³²⁷ *Ibid.*

³²⁸ P-H. IMBERT, « L'apparente simplicité des droits de l'homme : réflexions sur les différents aspects de l'universalité des droits de l'homme », *RUDH*, 1989, p. 23.

³²⁹ *Ibid.*

3- La définition d'une subsidiarité au service de la souveraineté

107. Ressort de ces précédents développements, le constat selon lequel la protection des droits de l'homme ne peut plus être considérée comme « *un attribut exclusif de la souveraineté étatique. Depuis plusieurs années, elle est [en effet] soumise à un processus de coproduction, voire de surproduction, dans un contexte international désormais concurrentiel* »³³⁰. Ainsi, face à l'éclatement et l'enchevêtrement des catalogues des droits fondamentaux, intervient le principe de subsidiarité qui apparaît comme l'instrument d'une recomposition de l'espace européen des droits de l'homme³³¹. Si selon le Professeur Paolo CAROZZA, la subsidiarité en droit international peut être comprise comme une alternative conceptuelle à l'idée relativement vide et inutile de la souveraineté de l'Etat³³², d'autres auteurs offrent une opinion plus modérée selon laquelle le principe de subsidiarité n'est en tout cas nullement opposé à celui de souveraineté³³³. En effet, il permettrait de dépasser le modèle étatique classique, fondé sur une approche souverainiste traditionnelle, afin de le refonder en intégrant les exigences démocratiques qui animent le concept de subsidiarité. En ce sens, « *la subsidiarité s'érige à bon droit, comme un principe cardinal pour l'éthique démocratique, et se présente ultérieurement comme une alternative post-moderne à la souveraineté traditionnelle* »³³⁴. Il nous semble donc que si souveraineté et subsidiarité peuvent apparaître, dans un premier temps, antinomiques, dès lors que la subsidiarité incite à la délégation de compétences qui va ainsi limiter la pleine souveraineté de l'Etat, ces notions sont en réalité complémentaires, tout du moins en droit international, où l'échelon le plus petit – généralement protégé par la subsidiarité – est finalement l'échelon étatique ainsi privilégié.

108. Cette complémentarité des principes de subsidiarité et de souveraineté est particulièrement visible en droit de la Convention européenne. En effet, le système européen de protection des droits de l'homme a été un pionnier dans la garantie, en droit international, de la prévalence des intérêts individuels sur les intérêts étatiques et ce, en raison de la nature

³³⁰ M. VERDUSSEN, « Introduction », in M. VERDUSSEN (dir.), *L'Europe de la subsidiarité*, Bruylant, 2000, p. 11.

³³¹ *Ibid.*, p. 12.

³³² P. CAROZZA, « Subsidiarity as a Structural principle of International Human Rights Law », *op. cit.*, p. 40 : « *In international law, subsidiarity can be understood to be a conceptual alternative to the comparatively empty and unhelpful idea of state sovereignty* » (traduit par nous).

³³³ Dans une thèse de doctorat, la subsidiarité est même identifiée en tant que principe dérivé de la souveraineté dès lors qu'elle encadre son exercice et vise à la rationaliser. Voir L. CALLEJON, *Constitution internationale et droits de l'homme*, Université Montpellier I, 2013, p. 233.

³³⁴ J. BARROCHE, « La subsidiarité française existe-t-elle ? », *op. cit.*, p. 15.

spécifique de la Convention. Que ce soit dans le cadre du recours individuel ou du recours interétatique, véritable « *droit d'ingérence institutionnalisé* »³³⁵, la volonté des Etats est désormais subordonnée au respect des obligations conventionnelles sous peine d'une condamnation européenne³³⁶. Or, face au « *mitage des compétences de souveraineté de l'Etat* »³³⁷, la subsidiarité a été introduite afin de limiter l'altération de cette souveraineté étatique³³⁸ et ce, en garantissant aux Etats membres un droit d'action systématiquement prioritaire sur l'intervention secondaire du juge européen. C'est, en effet, parce que les Etats sont les acteurs principaux du droit international public et qu'ils ont volontairement délégué certains de leurs pouvoirs à la Cour, que la Convention leur garantit d'être les premiers à intervenir pour redresser leurs griefs³³⁹.

Ainsi, « *sont ménagés la souveraineté et la susceptibilité des Etats, invités à remédier par leurs propres ressources juridiques aux situations attentatoires aux droits de l'homme* »³⁴⁰. En ce sens, le principe de subsidiarité en droit de la Convention européenne apparaît source d'une subsidiarité-liberté, c'est-à-dire d'une subsidiarité protectrice de l'autonomie des Etats et motivée dans le but, d'une part, de sauvegarder « *la volonté initiale de ces derniers* »³⁴¹ et, d'autre part, de les « éduquer » pour leur confier *in fine* le contrôle de la protection des droits et libertés. Bien que le caractère subsidiaire du système européen

³³⁵ J-F. FLAUSS, « La souveraineté de l'Etat et la Convention européenne des droits de l'Homme », in R. DRAGO (dir.), *Souveraineté de l'Etat et interventions internationales*, Dalloz, 1996, p. 59.

³³⁶ Cette volonté étatique reste toutefois, par divers procédés, prise en compte et respectée par la Convention. Voir, en ce sens, G. COHEN-JONATHAN et J-F. FLAUSS, « La Convention européenne des droits de l'homme et la volonté des Etats », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques : Etudes à la mémoire du Professeur A. RIEG*, Bruylant, 2000, pp. 161 à 186.

³³⁷ *Ibid.*, p. 65.

³³⁸ Un même processus a d'ailleurs été suivi dans le cadre de l'Union européenne où le débat sur la subsidiarité a été lancé avec la perte d'un système de votation soumis au principe à l'unanimité. L'introduction du principe de subsidiarité en droit de l'Union Européenne aura donc eu pour but d'apaiser les craintes des Etats face à un interventionnisme européen excessif. Sur cette question, voir notamment F. CHALTIEL TERRAL, « Le principe de subsidiarité après Lisbonne », in *LPA*, 2013, n°89, p. 4. Selon l'auteur, la Commission européenne a souvent été stigmatisée à travers l'expression – toutefois excessive – de « *furie réglementaire* ».

³³⁹ Note du jurisconsulte de la Cour européenne, sur le « Principe de subsidiarité », dans le cadre du *Suivi d'Interlaken*, 8 juillet 2012, p. 4, disponible sur :

http://www.echr.coe.int/Documents/2010_Interlaken_Follow-up_FRA.pdf : « *les Etats souverains demeurent les acteurs principaux du droit international public, dont les autres acteurs reçoivent leurs pouvoirs et leur légitimité. C'est pour cette raison que la Cour [...] ne peut pas outrepasser les limites des pouvoirs généraux que les Etats, par leur volonté souveraine, lui ont délégués. Dans cette logique, il appartient aux Etats d'être les premiers à résoudre les problèmes de droit de l'homme survenant chez eux* ».

³⁴⁰ J. NORMAND, « La subsidiarité de la Convention européenne des droits de l'Homme devant la Cour de Cassation », in *Mélanges en l'honneur de Jean BUFFET*, LGDJ, 2004, p. 362.

³⁴¹ F. JACQUEMOT, *Le standard européen de société démocratique*, Université Montpellier I, coll. Thèses t. 4, 2006, p. 166.

découle également – et logiquement – d’une nécessité fonctionnelle, d’un besoin pratique³⁴², la subsidiarité a donc pour principal fondement cette souveraineté³⁴³.

109. Toutefois, la dynamique sous-tendant la subsidiarité conventionnelle se révélera bien plus complexe et ambiguë. Le principe apparaît en effet comme réversible, tantôt garant des libertés étatiques, tantôt protecteur de l’harmonisation des droits de l’homme en Europe³⁴⁴. Ainsi que l’explique le Professeur Michèle DE SALVIA, le principe de subsidiarité se doit de garantir l’équilibre entre « *le niveau national où réside la souveraineté origininaire des Etats [...] et le niveau supranational [...] où s’est enracinée, pour reprendre l’expression de P.H. TEIGEN, la souveraineté de la morale et du droit* »³⁴⁵. Il nous semble donc étonnant qu’il soit le plus souvent envisagé dans un sens favorable aux Etats puisque l’objectif fondamental du concept même de subsidiarité est de garantir une action effective et efficace. La subsidiarité, en droit de la Convention européenne, ne devrait-elle donc pas être le corollaire de l’effectivité des droits de l’homme plutôt que de la seule protection des souverainetés étatiques³⁴⁶ ? Ces différentes interrogations soulignent, donc, à nouveau toute la complexité et ambiguïté de ce principe. L’absence de définition univoque du principe, marquée notamment par son défaut de consécration textuelle, ne sera toutefois pas corrigée par sa construction prétorienne.

§2- La construction jurisprudentielle progressive du principe

110. Si le principe de subsidiarité irrigue manifestement toute la Convention, il n’y figure toutefois pas de manière formelle. C’est en effet la Cour qui est venue pour la première fois énoncer ce principe et lui offrir – par là même – une réelle consécration. Cette

³⁴² Le caractère subsidiaire du système européen découle également – et logiquement – d’une nécessité fonctionnelle, d’un besoin pratique. En effet, face aux 800 millions de justiciables européens, la Cour, en tant que juridiction unique, ne saurait fonctionner sans un contrôle préalable et obligatoire des juridictions nationales.

³⁴³ Voir, entre autres, A. KOVLER, « La Cour européenne des droits de l’homme face à la souveraineté d’Etat », *L’Europe en formation*, 2013, n°368, pp. 209-222 et S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l’homme, Prendre l’idée simple au sérieux*, Bruylant, 2001.

³⁴⁴ Voir *infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

³⁴⁵ M. DE SALVIA, « Contrôle européen et principe de subsidiarité : faut-il encore (et toujours) élargir à la marge d’appréciation ? », in *Protection des droits de l’Homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv RYSSDAL*, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, p. 373.

³⁴⁶ Pour plus de détails, voir *infra*, Conclusion générale.

subsidiarité a donc tout naturellement fait l'objet d'évolutions formelles³⁴⁷ dans la jurisprudence européenne, puisqu'aux seules mains du juge strasbourgeois qui lui a ainsi fait prendre de la grandeur tant d'un point de vue quantitatif que qualitatif. Les conditions d'apparition du principe de subsidiarité dans la jurisprudence apparaissent donc intéressantes quant à l'appréciation de ce principe (A), dont les références jurisprudentielles feront, par la suite, l'objet d'un accroissement majeur (B).

A- L'apparition du principe dans la jurisprudence européenne

111. Le principe de subsidiarité n'a pas été consacré immédiatement en tant que tel par la Cour européenne, son apparition dans la jurisprudence étant marquée par deux temps forts sur lesquels il convient de revenir brièvement pour une analyse complète de l'affirmation prétorienne du principe de subsidiarité. En effet, la consécration du principe peut tout d'abord être qualifiée d'indirecte dans la mesure où la Cour ne fait référence, dans un premier temps, qu'au caractère subsidiaire du système conventionnel, puis de pleine et entière lorsqu'elle consacre formellement la subsidiarité en tant que principe. Toutefois par « affirmation jurisprudentielle », nous entendons rechercher les premières références formelles au principe de subsidiarité, non les références substantielles exprimées au travers, par exemple, de la doctrine de la marge nationale d'appréciation³⁴⁸, de la compétence de principe des autorités judiciaires nationales en ce qui concerne, entre autres, le caractère raisonnable de la durée de la détention³⁴⁹ ou encore de la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes³⁵⁰ que nous analyserons ultérieurement. La présente étude sera donc essentiellement d'ordre sémantique.

112. **Une consécration indirecte du principe de subsidiarité** – Dans un premier temps, l'affirmation de ce principe peut être jugée limitée. Elle est en effet marquée par

³⁴⁷ Notre analyse se cantonnera dans ce paragraphe 2 aux évolutions concernant les conditions de forme du principe de subsidiarité, c'est-à-dire à la manière dont le juge identifie, nomme et se réfère au principe dans sa jurisprudence, non à son utilisation matérielle, qui fera l'objet de développements en Partie 2.

³⁴⁸ Voir, par exemple, Cour EDH, 29 octobre 1992, *Open door et Dublin well woman c. Irlande*, req. n°14234/88 14235/88, série A n°246, §68 ; *GACEDH*, n°72 ; *JDI*, 1993, n°3, pp. 751-755, note P. TAVERNIER ; *RDSS*, n°1, 1993, pp. 32-41, comm. L. DUBOIS.

³⁴⁹ Voir, par exemple, Cour EDH, 26 juin 1991, *Letellier c. France*, req. n°12369/86, série A n°207, §35.

³⁵⁰ Voir, par exemple, Cour EDH, Gde ch., 18 juillet 2013, *Maktouf et Damjanović c. Bosnie-Herzégovine*, req. n°2312/08 et 34179/08, Rec. 2013, § 56 et suiv.

l'apparition, dans la jurisprudence européenne, du concept de subsidiarité sans que le juge ne le qualifie toutefois de principe. Il semblerait ainsi que la Commission ait, pour la première fois, affirmé le caractère subsidiaire du système européen dans la décision *De Buck et Koolen* contre Belgique du 18 décembre 1963, expliquant que « *la Convention assigne un rôle avant tout subsidiaire au mécanisme de garantie collective qu'elle instaure* »³⁵¹. La Commission a donc attendu huit longues années³⁵² après le prononcé de sa toute première décision³⁵³ pour préciser la nature subsidiaire du système conventionnel, avant d'être ensuite relayée par la Cour, dans la très célèbre affaire *Linguistique Belge* du 23 juillet 1968, qui confirme qu'« *elle ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention* »³⁵⁴. Ce n'est donc que dans un second temps que la Cour a consacré pleinement la subsidiarité conventionnelle en utilisant, enfin, l'expression même de « principe de subsidiarité ».

113. **Une consécration directe du principe de subsidiarité** – Avec l'arrêt *Parti communiste unifié de Turquie et autres contre Turquie* du 30 janvier 1998, la Cour clarifie la situation et identifie la subsidiarité en tant que principe. Elle explique, à cette occasion, que « *la Convention vient renforcer, conformément au principe de subsidiarité, la protection qui en est offerte au niveau national, sans jamais lui imposer de limites* »³⁵⁵. L'expression avait toutefois pu apparaître dans des décisions antérieures, à l'exemple des affaires *Aydin* contre Turquie³⁵⁶ ou *Beldjoudi* contre France³⁵⁷, mais uniquement dans le cadre du rappel de la jurisprudence interne pertinente ou des exceptions préliminaires du gouvernement, non au sein du raisonnement de la Cour. Notons, par ailleurs, que le principe de subsidiarité a

³⁵¹ Com. EDH, déc., 18 décembre 1963, *De Buck et Koolen (1) c. Belgique*, req. n°1420/62 et al., Rec. 13, pp. 71-91.

³⁵² A relativiser, toutefois, dans la mesure où sur une telle période seulement 62 affaires ont été traitées par la Cour et la Commission (décisions et arrêts confondus).

³⁵³ Com. EDH, déc., 17 décembre 1955, *WB c. Allemagne*, req. n°104/55.

³⁵⁴ Cour EDH, 23 juillet 1968, *Affaire "relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique" c. Belgique*, req. n°1474/62, série A n°6, § 10 ; *GACEDH*, n°9 ; *JT*, 1969, pp. 381-385, obs. J. LEPAFFE.

³⁵⁵ Cour EDH, Gde ch., 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie et autres contre Turquie*, req. n°19392/92, Rec. 1998-I, § 28 ; *GACEDH*, n°6 ; *RTDH*, 1999, n°38, pp. 301-350, comm. B. DUARTE ; *JDI*, 1999, n°1, pp. 213-215, note S. WOHLFAHRT.

³⁵⁶ Cour EDH, Gde ch., 25 septembre 1997, *Aydin c. Turquie*, req. n°23178/94, Rec. 1997-VI, § 56.

³⁵⁷ Cour EDH, 26 mars 1992, *Beldjoudi c. France*, req. n°12083/86, série A n°234-A, § 27 où la Cour cite les conclusions du commissaire du gouvernement Ronny ABRAHAM qui explique que « *le contrôle institué par la Convention européenne des Droits de l'Homme [...] repose sur l'idée de subsidiarité du contrôle européen par rapport au contrôle national* ».

toujours été pleinement considéré par les juges de la Cour qui ont affirmé toute son importance dans différentes opinions séparées – dont celle du juge GÖLCÜKLÜ relative à l'affaire Akdivar et autres contre Turquie du 16 décembre 1996³⁵⁸ – sans attendre sa consécration formelle le 30 janvier 1998.

114. S'il semble donc évident que la notion de subsidiarité sous-tend, dès les premières affaires, tout le droit de la Convention européenne, il est toutefois intéressant de noter l'absence initiale de qualification de « principe » de subsidiarité qui n'intervient que dans un second temps et illustre ainsi l'évolution dont ce concept a fait l'objet au fil de la jurisprudence. Le juge européen n'a exprimé que tardivement le principe de subsidiarité en ces termes, dépassant sa retenue initiale pour lui conférer une portée singulière, celle d'incarner l'une des caractéristiques fondamentales du système et, ainsi, l'inscrire parmi les principes phares du droit européen. Une telle évolution renforce néanmoins l'indétermination de la subsidiarité en droit européen, la Cour ne semblant pas opérer de différenciation expliquée entre le concept de subsidiarité et son principe. Cet obstacle dépassé, le juge n'aura alors de cesse de le faire prospérer au fil de sa jurisprudence qui illustre, tout particulièrement, son développement et son accroissement.

B- Un accroissement manifeste des références jurisprudentielles expresses

115. Depuis la consécration formelle du principe de subsidiarité dans l'arrêt Parti communiste unifié de Turquie et autres contre Turquie du 30 janvier 1998, les références au principe dans la jurisprudence européenne ne cessent de se multiplier. L'analyse de l'évolution du principe de subsidiarité sera toutefois concentrée sur la manière dont le juge l'identifie et s'y réfère, non sur son utilisation matérielle ultérieurement étudiée. Elle ne nous permettra donc pas de faire la différence entre les références ayant une réelle incidence dans la motivation et la solution du juge et celles où l'invocation n'est que rhétorique, sans influence sur le constat de violation ou de non violation retenu par la Cour. Elle sera, par ailleurs, limitée aux références jurisprudentielles concernant « le principe de subsidiarité »

³⁵⁸ Opinion dissidente du juge GÖLCÜKLÜ sous l'arrêt Cour EDH, Gde ch., 16 septembre 1996, *Akdivar et autres c. Turquie*, req. n°21893/93, Rec. 1996-IV, § 4. Il écrit, en effet, que « *le principe de subsidiarité constitue [...] l'un des piliers, la pierre angulaire de la jurisprudence de la Cour* » qui « *l'a [d'ailleurs] exprimé sans détour en un langage clair dans plusieurs dizaines d'arrêts, et à maintes occasions* » ... bien que de manière non expresse.

dans son expression la plus complète. Dans ces conditions, retracer l'évolution prétorienne du principe de subsidiarité permettra néanmoins de mettre en exergue, l'accroissement tant quantitatif (1) que qualitatif (2) des références jurisprudentielles au principe.

1- Un accroissement quantitatif

116. Une étude globale de la jurisprudence européenne – des années 1955 à nos jours – témoigne de la multiplication des recours au principe de subsidiarité dans les décisions et opinions séparées. En effet, le juge européen ne se réfère dans un premier temps – des années 1998, date de la consécration formelle du principe, à 2003 – que de manière accessoire et contenue – seulement de deux à six fois par an – au principe de subsidiarité. Au total, la référence apparaît, sur l'ensemble de ces cinq années, dans moins d'une vingtaine d'affaires.

117. Une étape semble toutefois franchie dans les années 2004, où le nombre de recours au principe de subsidiarité explose, passant à plus d'une vingtaine de références sur cette seule et même année. Ce phénomène peut éventuellement être expliqué en lien avec l'affaire *Broniowski contre Pologne* de juin 2004³⁵⁹, où la Cour a pour la première fois adopté un arrêt pilote visant à inciter l'Etat à trouver une solution, en droit interne, au problème structurel identifié³⁶⁰. Face à l'afflux massif des requêtes individuelles et à l'engorgement croissant du prétoire strasbourgeois, la Cour a en effet adopté une technique nouvelle pour limiter les requêtes répétitives – devant être désormais traitées en droit interne – et ainsi accentuer la logique subsidiaire du système européen. En 2004, la Cour opte donc pour un renforcement de son caractère subsidiaire qui semble être corroboré par un accroissement manifeste des références au principe dans sa jurisprudence. Dès lors, les juges vont fréquemment utiliser ce principe à l'appui de leur argumentation ou de leurs opinions séparées, confirmant une évolution globalement linéaire jusqu'en 2010 – année de la première conférence de haut niveau sur l'avenir de la Cour – où le principe de subsidiarité apparaît cité dans plus d'une trentaine d'affaires différentes. Si depuis cette date, l'utilisation du principe se limite à une vingtaine d'affaires par an, il apparaît toutefois évident que la Cour a souhaité renforcer la visibilité donnée à ce principe, en accord avec les différentes déclarations

³⁵⁹ Cour EDH, Gde ch., 22 juin 2004, *Broniowski c. Pologne*, req. n°31443/96, Rec. 2004-V ; *GACEDH*, n°74 ; *JCP A.*, 2006, n°21, pp. 661-664, comm. D. SZYMCAK ; *RTDH*, 2005, n°61, comm. E. LAMBERT-ABDELGAWAD ; *RRJ*, 2005, n°2, pp. 913-934, comm. F. LAZAUD.

³⁶⁰ Pour plus de détails sur la technique des affaires pilotes, voir *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2.

adoptées des années 2010 à 2015 et mettant fortement l'accent sur un strict respect de la subsidiarité³⁶¹.

118. Ces chiffres sont toutefois à relativiser. Ils ne donnent en effet qu'un aperçu du crédit accordé à ce principe puisque, ne sont nullement prises en considération, les affaires où la Cour fait simplement référence à « la subsidiarité » ou au « caractère subsidiaire du système », comme dans l'arrêt *Austin et autres contre Royaume-Uni*³⁶² qui contribue pourtant à asseoir l'incontestable envolée du principe de subsidiarité, également corroboré par un accroissement qualitatif de ses références jurisprudentielles.

2- Un accroissement qualitatif

119. Traditionnellement, la Cour se contente de citer le principe de subsidiarité à l'appui de sa démonstration, sans développement complémentaire sur sa signification ou ses fonctions dans la jurisprudence européenne. Le plus souvent, elle le lie d'ailleurs, soit à l'analyse de l'article 13³⁶³, soit à celle de l'article 35 § 1³⁶⁴, et le recours au principe de subsidiarité n'est alors que confortatif puisque visant à seulement renforcer sa motivation. Cependant et depuis quelques années, l'accroissement quantitatif des références au principe de subsidiarité s'accompagne d'un accroissement qualitatif. En effet, la Cour souligne désormais, en sus de la seule citation du principe, sa valeur en droit européen qu'elle considère, d'ailleurs, d'une « *importance primordiale pour la protection des droits au niveau*

³⁶¹ Voir les déclarations d'Interlaken du 19 février 2010, d'Izmir du 27 avril 2011, de Brighton du 20 avril 2012 et de Bruxelles du 27 mars 2015.

³⁶² Cour EDH, Gde ch., 15 mars 2012, *Austin et autres c. Royaume-Uni*, req. n°39692/09 et al., Rec. 2012, § 61 : « Découlant d'une lecture combinée des articles 1 et 19 de la Convention, la subsidiarité est l'un des piliers de la Convention » ; JCP G., 2012, n°15, 455, obs. F. SUDRE ; JDI, 2013, n°4, pp. 1229-1233, note A. SCHILL.

³⁶³ Voir, par exemple, Cour EDH, Gde ch., 13 décembre 2012, *De Souza Ribeiro c. France*, req. n°22689/07, Rec. 2012, § 84 (JCP G., 2013, n°3, pp. 92-98, chron. F. SUDRE) : « A cet égard, la Cour estime nécessaire de souligner à nouveau qu'en ce qui concerne les requêtes relatives à l'immigration, telles que celle du requérant, elle se consacre et se limite, dans le respect du principe de subsidiarité, à évaluer l'effectivité des procédures nationales et à s'assurer que ces procédures fonctionnent dans le respect des droits de l'homme » (souligné par nous) ; Cour EDH, déc., 5 février 2013, *Baytekin c. Turquie*, req. n°59707/09, § 86 : « La Cour estime ensuite que, dans les circonstances de la cause, il convient d'examiner les événements qui ont conduit au décès de Coşkun et l'éventuelle responsabilité des personnes impliquées dans cette affaire, en recherchant avant tout, dans le respect du principe de subsidiarité, si les voies de recours qui auraient pu permettre de faire la lumière sur le cours de ces événements au niveau national et de soumettre les faits de la cause à un contrôle public revêtaient un caractère adéquat » (souligné par nous).

³⁶⁴ Voir, par exemple, Cour EDH, déc., 29 janvier 2013, *Umlaufová c. République Tchèque*, req. n°3794/08 : « Dans ces conditions, la Cour estime que le principe de subsidiarité ainsi que le souci d'effectivité exigent qu'elle ne se prononce pas sur le bien-fondé de l'affaire en l'espèce aussi longtemps que la procédure en indemnisation intentée par la requérante est en cours devant les juridictions nationales ».

interne »³⁶⁵. Ainsi et dans l'optique d'un renforcement du principe de subsidiarité, la Cour insiste sur son caractère fondamental, matriciel, et elle le qualifie donc, au cœur de son raisonnement, de principe « *à la base* »³⁶⁶ ou « *inhérent au système de protection des droits individuels* »³⁶⁷ et « *sur lequel est fondé le contrôle exercé par la Cour* »³⁶⁸.

120. Dans certaines affaires³⁶⁹, le juge européen distillera par ailleurs quelques indications sur la manière dont le principe doit être interprété sans toutefois se lier par une définition précise du sens à lui accorder en droit européen. Dans le cadre des affaires pilotes ou en ce qui concerne l'exécution des arrêts, le principe de subsidiarité implique que « *la Cour n'ait pas à réitérer son constat de violation dans une longue série d'affaires comparables* »³⁷⁰. Plus généralement, il s'agit d'un principe « *selon lequel il est préférable que l'instruction des affaires et la résolution des questions qu'elles soulèvent s'effectuent dans la mesure du possible au niveau national* »³⁷¹.

121. Ainsi, la Cour étoffe progressivement ses références au principe de subsidiarité en mettant doublement l'accent sur son importance et son rôle en droit de la Convention européenne qui impose que « *les Etats doivent avoir la possibilité de redresser des violations passées avant qu'elle-même n'examine le grief* »³⁷². Elle précise enfin qu'au-delà de ce simple droit d'action des Etats, le principe a pour corollaire une véritable obligation, à charge des tribunaux, d'examiner avec rigueur les moyens relatifs aux droits et libertés conventionnellement garantis³⁷³. Bien que révélateurs d'une plus grande prise en compte du

³⁶⁵ Cour EDH, Gde ch., 1 mars 2010, *Demopoulos et autres c. Turquie*, req. n°46113/99, Rec. 2010, § 101 ; *American journal of international law*, 2010, n°104-4, pp. 628-636, note A. SOLOMOU.

³⁶⁶ Cour EDH, 2 octobre 2013, *Singh et autres c. Belgique*, req. n°33210/11, § 55 ; Cour EDH, 20 octobre 2012, *Glykantzis c. Grèce*, req. n°40150/09, § 64.

³⁶⁷ Cour EDH, 15 septembre 2009, *Miroļubovs et autres c. Lettonie*, req. n°798/05, § 91.

³⁶⁸ Cour EDH, 15 janvier 2009, *Georgi Dimitrov c. Bulgarie*, req. n°31365/02, § 69.

³⁶⁹ Voir, entre autres, Cour EDH, Gde ch., 15 mars 2012, *Austin et autres c. Royaume-Uni*, op. cit., § 61 ; Cour EDH, 19 juillet 2012, *Koch c. Allemagne*, req. n°497/09, §§ 69 et 71 ; *JCP G.*, 2012, n°35, p. 1516, note M. AFROUKH ; Cour EDH, 29 octobre 2013, *Hogea c. Roumanie*, req. n°31912/04, § 43.

³⁷⁰ Entre autres, Cour EDH, 15 janvier 2009, *Bourdov c. Russie (no 2)*, req. n°33509/04, § 127, *JDI*, 2010, n°3, pp. 972-974, note E. DECAUX et P. TAVERNIER ; *JCP A.*, 2009, n°51, p. 2295, chron. D. SZYMCZAK ; Cour EDH, déc., 6 novembre 2012, *Arioğlu et autres c. Turquie*, req. n°11166/05, § 25 ; Cour EDH, 3 septembre 2013, *M.C. et autres c. Italie*, req. n°5376/11, § 110 ; *Rec. D. Sirey*, 2013, n°40, pp. 2658-2672, comm. M. BACACHE, A. GUEGAN-LECUYER et S. PORCHY-SIMON. Voir également Cour EDH, 7 janvier 2014, *Fondation Foyers des élèves de L'Eglise réformée et Stanomirescu c. Roumanie*, req. n°2699/03, § 76.

³⁷¹ Cour EDH, Gde ch., 13 décembre 2012, *El-Masri c. « L'ex-République Yougoslave De Macédoine »*, req. n°39630/09, Rec. 2012, § 141 ; *JDI*, 2013, n°4, pp. 1271-1275, note E. DECAUX ; *JCP G.*, 2013, n°3, p. 85, comm. G. GONZALEZ.

³⁷² Cour EDH, Gde ch., 2 novembre 2010, *Sakhnovski c. Russie*, req. n°21272/03, § 76 ; *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2011, n°8, L. MILANO. Voir également Cour EDH, 9 avril 2013, *Flueraș c. Roumanie*, req. n°17520/04, § 47.

³⁷³ Cour EDH, Gde ch., 7 février 2013, *Fabris c. France*, req. n°16574/08, § 72 ; *AJDA*, 2013, n°31, pp. 1795-1797, chron. L. BURGORGUE-LARSEN.

principe au sein du raisonnement de la Cour, ces apports restent cependant mesurés concernant la détermination de la définition de ce principe, tout comme ceux proposés par le protocole n°15.

§3- Une affirmation textuelle aux apports mesurés

122. L'inscription formelle du principe de subsidiarité au sein de la Convention européenne aurait pu être l'une des innovations les plus remarquées des réformes du système de la Cour mais il n'en est rien. Après l'adoption des protocoles n°s 11³⁷⁴ et 14³⁷⁵, les discussions relatives aux modifications nécessaires au bon fonctionnement du système européen se poursuivirent dans le cadre de diverses conférences³⁷⁶. A Interlaken en février 2010, le Comité des ministres a ainsi adopté un plan d'action répertoriant les différents points à améliorer et orientations à privilégier pour alléger la surcharge de travail de la Cour, préoccupation centrale de ces dernières années³⁷⁷. Dans cette optique, les Etats choisirent comme ligne directrice de renforcer le principe de subsidiarité afin d'accentuer leur rôle prioritaire dans la protection et la sauvegarde des droits garantis. Lors des conférences d'Izmir en 2011 et de Brighton en 2012, ce plan d'action fut précisé et affiné au point d'aboutir à l'adoption d'un protocole n°15³⁷⁸ contenant diverses modifications d'ordre essentiellement procédurales³⁷⁹. Une révision substantielle – de par sa nature et son importance – y est toutefois prévue à l'article 1^{er}. En effet, le projet prévoit d'ajouter à la fin du préambule de la Convention un nouveau considérant qui insère une référence au principe de subsidiarité et à la marge nationale d'appréciation, et se lit comme suit : « *Affirmant qu'il incombe au premier chef aux Hautes Parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et libertés définis dans la présente Convention et ses protocoles, et que,*

³⁷⁴ Protocole n°11 à la Convention européenne des droits de l'homme, portant restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention du 11 mai 1994.

³⁷⁵ Protocole n°14 à la Convention européenne des droits de l'homme, amendant le système de contrôle de la Convention du 13 mai 2004.

³⁷⁶ Voir les Conférences de haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme d'Interlaken les 18 et 19 février 2010, d'Izmir des 26 et 27 avril 2011, de Brighton des 18, 19 et 20 avril 2012 et de Bruxelles des 26 et 27 mars 2015.

³⁷⁷ Voir, entre autres, la Déclaration d'Interlaken du 19 février 2010, pp. 7, 8 et 9 et la Déclaration de Brighton du 20 avril 2012, § 5.

³⁷⁸ Protocole n°15 amendant la Convention européenne des droits de l'homme.

³⁷⁹ Elles concernent, notamment, la limite d'âge des juges, le dessaisissement en faveur de la Grande Chambre, la modification du délai d'introduction d'une requête individuelle et de la condition de recevabilité relative à l'existence d'un préjudice important.

ce faisant, elles jouissent d'une marge d'appréciation, sous le contrôle de la Cour européenne des Droits de l'Homme instituée par la présente Convention »³⁸⁰.

123. Si certains identifient cette référence formelle à la subsidiarité comme une véritable « *constitutionnalisation du principe de subsidiarité* »³⁸¹, d'autres préféreront le terme – et cela sera notre cas – de « codification » du principe, à l'exemple du Professeur Laurence BURGORGUE LARSEN qui y voit « *une codification, non seulement de la philosophie inhérente à un système régional de garantie des droits de l'homme mais aussi de l'acquis jurisprudentiel de la Cour* »³⁸². En effet, il nous semble que l'insertion textuelle du principe au sein du préambule de la Convention n'apporte pas de plus-value substantielle mais constitue seulement une reprise des apports de la jurisprudence antérieure³⁸³. Ainsi, la consécration textuelle du principe de subsidiarité, telle que proposée par le protocole n°15, permettrait certes une réaffirmation et revalorisation de la subsidiarité qui passe alors du rang de principe jurisprudentiel à celui de principe éminemment textuel. Toutefois, elle n'apporterait que des avancées mesurées en ce qui concerne précisément l'objectif poursuivi par cette révision, celui d'une meilleure compréhension et application de la subsidiarité en droit européen.

124. Tout d'abord, l'inscription du principe de subsidiarité dans la Convention européenne doit s'analyser comme un moyen de revalorisation du principe. En effet, ce projet a été motivé par la volonté des Etats de marquer au fer rouge ce principe central du droit européen, protecteur de leurs intérêts étatiques trop souvent oubliés. Pour cette raison, il est d'ailleurs légitime d'imaginer que ce protocole, bien qu'il nécessite une ratification de l'ensemble des Etats parties³⁸⁴, finira par entrer en vigueur dans la mesure où il répond spécifiquement aux critiques des Etats et, dans cette intention, limite le pouvoir de contrôle de la Cour.

³⁸⁰ Article 1 du Protocole n°15 portant amendement à la Convention européenne des droits de l'homme du 24 juin 2013.

³⁸¹ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Le principe de subsidiarité, quel avenir ? », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, édition Nemesis, Anthemis, 2014, p. 357.

³⁸² L. BURGORGUE LARSEN, « Actualité de la Convention EDH », *AJDA*, 2013, p. 1794.

³⁸³ Voir, en ce sens, G. MALINVERNI, « Le protocole n°15 à la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2015, n°101, p. 55. L'auteur signale que le nouveau considérant ne devrait pas avoir « *d'incidence pratique particulière sur le jurisprudence européenne* » mais doit, plutôt se percevoir comme « *un rappel à l'ordre* », adressé par les Etats à la Cour européenne.

³⁸⁴ Il s'agit en effet d'un protocole d'amendement à la Convention et non d'un protocole additionnel. Chaque Etat dispose par conséquent d'un droit de veto susceptible de bloquer le processus de ratification. Voir l'article 7 du Protocole n°15 portant amendement à la Convention européenne des droits de l'homme du 24 juin 2013.

125. Par ailleurs, son inscription dans le préambule – et non directement dans le corps de la Convention tel que l'avait suggéré le Royaume-Uni à la suite des conflits relatifs aux droits de vote des détenus³⁸⁵ – ne doit pas être interprété comme de second choix. Le Professeur Frédéric SUDRE explique à ce sujet que la Cour accorde, de jurisprudence constante, une attention particulière au préambule de la Convention qu'elle considère comme un outil déterminant dans l'exercice de son interprétation téléologique³⁸⁶. La référence textuelle au principe de subsidiarité n'est donc pas sans incidence, elle a vocation à imposer à la Cour une application *a priori* systématique tant du principe de subsidiarité que de la doctrine de la marge d'appréciation³⁸⁷.

126. Toutefois, cette expression formelle de la subsidiarité n'est ponctuée que par des apports somme toute mesurés. Deux séries de remarques devront être, en ce sens, envisagées.

D'une part, ce nouveau considérant relatif à la subsidiarité n'est que peu explicatif de ce principe ambigu. Rien n'est dit concernant son interprétation et appréciation. Son sens, sa nature et ses implications ne sont pas non plus clarifiés. Ce projet ne semble donc pas garantir la transparence et l'accessibilité voulues des principes de subsidiarité ou de la marge d'appréciation³⁸⁸ qui ne font, finalement, l'objet que d'une promotion formelle dénuée de précisions substantielles. L'indétermination du principe subsiste donc.

D'autre part, l'impact de ce nouveau considérant semble à relativiser dans la mesure où la référence au principe de subsidiarité et à la marge d'appréciation est envisagée, telle que développée dans la jurisprudence de la Cour³⁸⁹. Parce que ces principes sont, de longue date, au cœur de l'œuvre prétorienne du juge strasbourgeois³⁹⁰, la plus-value est naturellement limitée. Partant, il est plutôt légitime d'apprécier cette consécration textuelle en tant que simple codification des principes guidant, de jurisprudence constante, l'interprétation du juge

³⁸⁵ Ce conflit est notamment relatif aux arrêts : Cour EDH, 24 juillet 2001, *Hirst c. Royaume-Uni*, req. n°40787/98 ; Cour EDH, Gde ch., 6 octobre 2005, *Hirst c. Royaume-Uni (N°2)*, req. n°74025/01, Rec. 2005-IX ; *JDI*, 2006, n°3, pp. 1169-1171, note M. EUDES et Cour EDH, 23 novembre 2010, *Greens et M.T. c. Royaume-Uni*, req. n°60041/08 et al., Rec. 2010 ; *JDI*, 2011, n°4, pp. 1378-1380, note X. SOUVIGNET.

³⁸⁶ Cour EDH, 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n°4451/70, série A n°18, § 34 : « le préambule d'un traité forme partie intégrante du contexte. En outre, il offre d'ordinaire une grande utilité pour la détermination de l'"objet" et du "but" de l'instrument à interpréter » ; *GACEDH*, n°27.

³⁸⁷ E. DECAUX, P. TAVERNIER et M. BOUMGHAR, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne (année 2012) », *JDI*, 2013, n°4, chron. 8.

³⁸⁸ Voir notamment la Déclaration de Brighton du 20 avril 2012, point 12, b).

³⁸⁹ *Ibid.*

³⁹⁰ Voir, entre autres, D. SPIELMANN, « Allowing the Right Margin the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine : Waiver or Subsidiarity of European Review ? », *CELS - University of Cambridge Working Paper Series*, février 2012 et P. GALLAGHER, « The European Convention on Human Rights and the Margin of Appreciation », *UCD Working Papers*, n°52/2011.

européen. L'actuel président de la Cour, Dean SPIELMANN, affirme d'ailleurs que « *cette référence dans le préambule n'est certainement pas de nature à changer sa pratique jurisprudentielle* »³⁹¹. Toutefois, cette affirmation semble devoir être nuancée dans la mesure où la pratique jurisprudentielle de la Cour paraît, depuis peu, encliner à davantage de réserve et donc à une plus grande application du principe de subsidiarité comme en témoignent, par exemple, les arrêts *Animal defenders international contre Royaume-Uni*³⁹² et *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers contre Royaume-Uni*³⁹³, postérieurs à l'adoption du protocole n°15. Cela étant, l'attitude de self-restraint de la Cour s'explique-t-elle principalement, au regard de l'insertion de la subsidiarité dans le préambule de la Convention, ou bien s'inscrit-elle, plus globalement, au cœur d'une vaste politique jurisprudentielle³⁹⁴? A notre sens, l'affirmation textuelle du principe de subsidiarité ne paraît pas, à elle seule, déterminante des évolutions jurisprudentielles de la Cour qui reste, malgré tout, maîtresse de l'impact à conférer à cette modification³⁹⁵.

*
* *

127. En conclusion, le principe de subsidiarité en droit de la Convention européenne est un principe d'origine jurisprudentielle, fortement ancré dans l'œuvre prétorienne du juge strasbourgeois. Certes, il irrigue la Convention dans la mesure où il se trouve traduit de manière implicite par différentes dispositions conventionnelles mais ne bénéficie toutefois pas, à l'origine, d'une consécration textuelle, dès lors qu'il vise essentiellement à protéger la souveraineté des Etats en leur garantissant un droit d'action prioritaire dans la défense des droits de l'homme. C'est la Cour qui est donc venue, au fil de sa jurisprudence, affirmer le caractère subsidiaire du système conventionnel d'une part, l'identifier en tant que véritable *principe* du droit européen d'autre part, le tout sans jamais cesser de le renforcer grâce à un accroissement quantitatif et qualitatif des références explicites au principe. Concomitamment

³⁹¹ D. SPIELMANN, Conférence de presse du 24 janvier 2013, 50'15 et suiv.

³⁹² Cour EDH, Gde ch., 22 avril 2013, *Animal defenders international c. Royaume-Uni*, req. n°48876/08, Rec. 2013 ; *JCP G.*, 2013, n°29, doct. 855, chron. F. SUDRE ; *AJDA*, 2013, n°31, p. 1794, chron. L. BURGORGUE LARSEN.

³⁹³ Cour EDH, 8 avril 2014, *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers c. Royaume-Uni*, req. n°31045/10 ; *JCP G.*, 2014, act. 515, obs. G. GONZALEZ ; *JCP G.*, 2014, n°28, doct. 832, chron. F. SUDRE.

³⁹⁴ Pour plus de détails, voir *infra*, la Partie 2, Titre 2 concernant l'inscription du principe de subsidiarité au cœur d'une politique jurisprudentielle.

³⁹⁵ Pour plus de développements, voir *infra*, la Partie 2 concernant la mise en œuvre stratégique du principe de subsidiarité.

à cette promotion jurisprudentielle de la subsidiarité, a été introduit un projet de réforme ayant conduit à l'adoption du protocole n°15 qui prévoit d'inclure ce principe dans le préambule de la Convention. Néanmoins, la subsidiarité ne fait toujours pas l'objet d'une identification claire en droit européen et reste, par conséquent, un principe mystère souffrant d'une indétermination certaine.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

128. Parce que la subsidiarité revêt manifestement des sens différents selon ses domaines d'application, au point qu'il serait possible d'identifier non pas un mais des principes de subsidiarité, il semble impossible de dégager de ce principe, une définition unique et univoque. Néanmoins, une affirmation aussi catégorique que celle d'une « absence de définition univoque du principe » mérite d'être précisée et justifiée.

129. La définition proposée, par exemple, par Antoine GOUËZEL dans le cadre de sa thèse de doctorat portant sur « La subsidiarité en droit privé » et selon laquelle ce principe est « *une technique de coordination d'éléments concurrents qui subordonne à la défaillance de l'élément premier le recours à l'élément subsidiaire* »³⁹⁶, nous semble intéressante puisqu'elle traduit le socle commun aux principes de subsidiarité. Cependant, et comme l'ensemble des définitions proposées, elle reste particulièrement circonscrite. En effet, si cette définition traduit parfaitement le sens du principe en droit privé, elle ne peut être identifiée en tant que définition commune aux différentes acceptions de la subsidiarité, dans la mesure où elle n'envisage qu'une des deux facettes de ce principe au travers du seul critère de la défaillance et exclut, par conséquent, le rapport incertain découlant de la dialectique proximité/efficacité qui se situe pourtant au cœur de la subsidiarité. Le constat de variabilité générale de ce principe en droit, dès lors qu'il irrigue l'ambiguïté *fondamentale* du principe et influence ainsi son imprécision en droit européen, devait donc être analysé en tant que prémices indispensables à l'étude de la subsidiarité en droit de la Convention européenne qui, là encore, ne fait guère l'objet d'une plus grande détermination.

130. En effet, le développement jurisprudentiel du principe de subsidiarité n'est malheureusement pas de nature à préciser ni les contours ni la teneur de ce principe polymorphe. Si l'absence originelle de consécration textuelle du principe n'empêche nullement la subsidiarité d'irriguer toute la Convention – ni d'ailleurs et plus globalement tout l'ensemble du droit européen – dès lors qu'elle y est implicitement traduite tant dans sa dimension procédurale que substantielle, seule la volonté de sauvegarder la souveraineté des Etats membres peut être identifiée comme sa source principale. Ainsi prévue comme protectrice de la liberté des Etats, c'est étrangement la Cour qui est venue l'exprimer pour la

³⁹⁶ A. GOUËZEL, *La subsidiarité en droit privé*, Economica, 2013, p. 24.

première fois, puis la consacrer expressément en tant que principe. Cette promotion de la subsidiarité, accompagnée d'un accroissement tant qualificatif que quantitatif de ses références jurisprudentielles, ont ainsi permis d'asseoir ce principe originellement absent du texte conventionnel. L'analyse de l'affirmation prétorienne du principe aura également permis de souligner l'absence initiale de qualification de « principe » de subsidiarité qui n'intervient, dans la jurisprudence européenne, que dans un second temps. Une telle évolution laisse évidemment présager l'indétermination de la nature de ce principe dès lors que la Cour, elle-même, n'opère pas de différenciation justifiée entre le concept et le principe de subsidiarité. Bien qu'au cœur de la plupart des projets de réforme, il reste donc un principe flou. L'impossible définition du principe de subsidiarité ne serait ainsi « *que le reflet du caractère fondamentalement ambigu [...] de la subsidiarité* »³⁹⁷. Mais cette ambiguïté inhérente au principe est également alimentée par l'indétermination de la nature même du principe conventionnel de subsidiarité.

³⁹⁷ P. TAVERNIER, « De la subsidiarité et de quelques notions voisines. Pérégrinations entre le droit international et le droit européen », *op. cit.*, p. 231.

CHAPITRE 2 :

L'INDÉTERMINATION DE LA NATURE DU PRINCIPE DE SUBSIDIARITÉ

131. Le principe de subsidiarité est manifestement ambigu en raison de son absence de définition univoque, lorsqu'appréhendé en droit et tout particulièrement en droit européen, où il ne fait l'objet d'aucune définition textuelle ou jurisprudentielle précise. De cette imprécision sémantique découle une indétermination de la nature même du principe, qui alimente, elle aussi, son ambiguïté.

132. En effet, parce que le juge européen a expressément identifié la subsidiarité en tant que *principe*, elle est désormais communément envisagée en tant que tel. Cependant, la première fois où la Cour a exprimé cette caractéristique fondamentale du système européen, ce n'était qu'à travers l'expression de « *caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective* »³⁹⁸ et, seulement bien plus tard, à travers celle de « *principe de subsidiarité* »³⁹⁹. La subsidiarité a donc bénéficié d'une accession différée – puisque dans un second temps – au rang de principe du droit européen, sans que cette promotion ne soit justifiée par le juge de Strasbourg. Ainsi est-il permis de douter de la pertinence et donc de la validité de la qualification de *principe* de subsidiarité. La question qui se pose, ici, n'est toutefois pas d'apprécier si le juge européen est l'autorité compétente pour formuler la subsidiarité sous forme de principe⁴⁰⁰, mais bien de déterminer si ce concept d'origine philosophique, est légitime à endosser le rôle de principe du droit européen.

133. Outre les interrogations tenant au bien-fondé d'une telle qualification, d'autres se posent concernant la réelle ou supposée portée juridique du principe de subsidiarité en droit de la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, aucune analyse n'a permis jusqu'alors de déterminer la nature – juridique ou non – du principe de subsidiarité en droit.

³⁹⁸ Cour EDH, 23 juillet 1968, *Affaire "relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique" c. Belgique*, req. n°1474/62, série A n°6, § 10 ; *GACEDH*, n°9 ; *JT*, 1969, pp. 381-385, obs. J. LEPAFFE.

³⁹⁹ Cour EDH, Gde ch., 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie et autres contre Turquie*, req. n°19392/92, Rec. 1998-I, § 28 ; *GACEDH*, n°6 ; *RTDH*, 1999, n°38, pp. 301-350, comm. B. DUARTE ; *JDI*, 1999, n°1, pp. 213-215, note S. WOHLFAHRT.

⁴⁰⁰ Nous laisserons ainsi de côté l'éternel débat concernant le pouvoir normatif du juge. Voir, entre autres, F. MODERNE, « Les principes : permanence et nouveauté », *RFDA*, 1999, p. 732 ; P. WACHSMANN, « La volonté de l'interprète », *Droits*, 1999, n°28, p. 36 et suiv.

Ainsi, « *tout se passe comme si la subsidiarité avait pour elle l'évidence de sa pertinence juridique, comme si la subsidiarité disposait de l'assise naturelle d'un principe consistant, clairement défini, qu'il ne s'agirait plus que d'appliquer à la réalité changeante des choses* »⁴⁰¹. Pourtant, si une partie de la doctrine estime que « *toute norme est juridique dès lors qu'elle appartient à un système de droit reconnu comme tel* »⁴⁰², il nous semble que certains principes de droit font, néanmoins, l'objet d'énoncés dont la juridicité peut être clairement mise en doute. S'attaquer à une telle question suppose de développer une analyse nécessairement personnelle – et donc en partie subjective – tant les conceptions de la notion de principe juridique varient selon les auteurs, au point d'ailleurs, qu'il semble d'emblée compromis d'aboutir à l'identification d'une réponse unanime solide. Nous opterons donc pour la démarche suivante : si la subsidiarité est manifestement un principe *en droit*, c'est-à-dire un principe affirmé et utilisé par le droit et « *qui fait [donc] partie du système juridique* »⁴⁰³, cela ne fait pas automatiquement d'elle un principe *juridique*, c'est-à-dire une norme juridique produisant des effets juridiques contraignants⁴⁰⁴. La présente analyse portera ainsi sur deux points successifs : d'une part, sur la pertinence de la qualification de la subsidiarité en tant que *principe* (**Section 1**) et, d'autre part, sur sa réelle ou supposée portée juridique en droit européen (**Section 2**).

SECTION 1 : LA PERTINENCE DE LA QUALIFICATION DE *PRINCIPE*

134. Le Professeur Mouloud BOUMGHAR estime que « *toute norme qualifiée de principe par la Cour européenne est potentiellement un principe au sens conceptuel du terme* »⁴⁰⁵, bien que cela ne soit qu'une fois la notion fermement établie que « *la qualification jurisprudentielle de principe* »⁴⁰⁶ devient un des critères d'identification des principes du droit européen. Alors, « *la réalité formelle deviendra un des éléments de la définition*

⁴⁰¹ J. BARROCHE, *La subsidiarité à la française existe-t-elle ?*, p. 1, disponible sur : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC4/BarrocheTXT.pdf>.

⁴⁰² Traduit de N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, 1960, p. 7.

⁴⁰³ S. CAUDAL, « Rapport introductif », in S. CAUDAL (dir.), *Les principes en droit*, Economica, 2008, p. 1.

⁴⁰⁴ Voir, par exemple, S. CAUDAL, « Rapport introductif », in S. CAUDAL (dir.), *Les principes en droit*, Economica, 2008, p. 1.

⁴⁰⁵ M. BOUMGHAR, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Pedone, 2010, p. 24.

⁴⁰⁶ *Ibid.*

notionnelle »⁴⁰⁷. Toutefois, l'absence de conception unanime de la notion de principe et la confusion conceptuelle régnant, par conséquent, à l'égard de cette notion (§. 1), de même que la diversité de la typologie des principes en droit (§. 2), devront être dépassées afin de déterminer – dans la mesure du possible – la juste qualification de la subsidiarité conventionnelle.

§1- La confusion conceptuelle de la notion de principe ou l'identification complexe de la dimension principielle de la subsidiarité

135. « *Il ne saurait y avoir en droit de théorie plus fabuleuse que celle des principes* »⁴⁰⁸. En effet, la recherche se verra d'emblée confrontée à la difficulté d'une « *profusion des sens et des usages du terme principe* »⁴⁰⁹ qui, rien que dans son sens philosophique, ne fait pas moins l'objet de trois sens dominants, les principes pouvant être à la fois ontologiques, logiques ou normatifs⁴¹⁰. Toutefois, une analyse de la pluralité des acceptions de la notion de « principe » s'imposera, dans un premier temps, afin de distinguer cette notion de celles de « règle » ou de « norme » (A). Cette analyse nous permettra, dans un second temps, de déterminer quels critères de définition d'un principe peuvent être retenus et appliqués à la subsidiarité (B).

A- L'imbroglia des acceptions de la notion de principe

136. La notion de principe, du latin *principium*, signifie d'un point de vue étymologique ce qui occupe la première place, le point de départ, l'origine ou constitue, dans un même sens, la source ou la cause première d'une chose. Jusque-là, rien de particulièrement

⁴⁰⁷ *Ibid.*

⁴⁰⁸ L. DUBOUI, « Le droit à cheval sur les principes généraux », in *Drôle(s) de droit(s). Mélanges en l'honneur d'Elie Alfandari*, Dalloz, 2000, p. 251. Voir également D. SIMON, « Les principes en droit communautaire », in S. CAUDAL (dir.), *Les principes en droit*, op. cit., p. 287. Il affirme que « *la recherche des principes en droit relèverait de la poursuite d'un animal fabuleux, d'une chimère conceptuelle, d'une allégorie monstrueuse, d'une mythologie suspecte, de l'identification d'un être aux formes et aux pouvoirs extraordinaires envahissant l'inconscient collectif par le biais des récits et des énigmes dont ils sont l'objet ?* ».

⁴⁰⁹ M. BOUMGHAR, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 14.

⁴¹⁰ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 2010, p. 828.

complexe. Les choses se corsent, toutefois, si la notion est désormais appréhendée d'un point de vue juridique.

137. Dans sa dimension la plus globale, la notion de principe est alors appréciée comme étant soit « une règle ou norme générale de caractère non juridique d'où peuvent être déduites des normes juridiques »⁴¹¹ soit « une règle juridique établie par un texte en termes assez généraux destinée à inspirer diverses applications et s'imposant avec une autorité supérieure »⁴¹². Dans une dimension plus restreinte, comme en droit international public spécifiquement, les principes sont considérés comme des « propositions premières dégagées par un long travail d'induction des règles particulières de l'ordre juridique. Par la voie déductive, ils peuvent ensuite être appliqués à des situations concrètes qui ne sont pas réglées expressément par le droit positif »⁴¹³. A la lecture de ces quelques définitions de la notion de principe règne une évidente confusion : s'agit-il d'une règle (1) ou bien d'une norme (2) ? Si ces notions semblent *a priori* interchangeables et donc synonymes⁴¹⁴, elles recouvrent en définitive une réalité qui, par certains aspects, est néanmoins différente.

1- La distinction principe/règle ou l'éviction assurée de la qualification de règle du droit

138. Un principe ne peut pleinement s'apparenter à une règle juridique, à lire les enseignements du Professeur Ronald DWORKIN⁴¹⁵, notamment. En effet, si les principes et règles juridiques expriment, tous deux, des normes authentiques ne se différenciant ni sur leur champ d'application ni sur leur force juridique⁴¹⁶, règles et principes varient toutefois quant à l'étendue de leurs conditions d'application. Notons à ce sujet que le Professeur Robert ALEXY distingue, quant à lui, ces deux types de norme sur le fondement du critère de l'optimisation⁴¹⁷. En effet, lorsque règles et principes entrent en conflit avec d'autres normes,

⁴¹¹ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 10^{ème} édition, 2014 (souligné par nous).

⁴¹² *Ibid.*

⁴¹³ A. PELLET, *Droit international public*, LGDJ, 1987, p. 317 (souligné par nous).

⁴¹⁴ Voir notamment J. WROBLEWSKI, « Principes du droit », in A.-J. ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie*, LGDJ, 2^{ème} édition, 1993, p. 474. L'auteur définit le principe comme une norme, une règle ou une construction du législateur.

⁴¹⁵ R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, 1995, p. 79 et suiv.

⁴¹⁶ Même si des auteurs notent une certaine relativisation de la force obligatoire des principes par comparaison à celles des règles juridiques. Voir F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, « Les colonnes d'Hermès : à propos des directives d'interprétation en Droit », in P. AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, Bruylant, 1995, p. 143.

⁴¹⁷ Voir notamment R. ALEXY, *Zum Begriff des Rechtsprinzips*, *Rechtstheorie Beiheft*, vol. 1, 1979, pp. 59-87 ; R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2010, p. 47 ; R. ALEXY, "Constitutional Rights, Balancing, and Rationality", *Ratio Juris*, 2003, Vol. 16, n°2, p. 136.

les règles engendrent de strictes et définitives conséquences et relèvent d'une relation de subsumption conduisant à ce qu'elles soient respectés ou non respectées tandis que les principes peuvent être quant à eux conciliés et optimisés, ils supposent un équilibre et justifient leur appréciation en tant qu'exigences d'optimisation⁴¹⁸. Ce critère de différenciation – sans être fondamentalement distinct de celui de DWORKIN, également fondé sur les différentes formes d'application de ces deux normes – ne nous semble toutefois pas aussi convaincant, d'où notre choix de suivre plus directement – dans le cadre de cette démonstration – la théorie proposée par le Professeur Ronald DWORKIN. Découle ainsi de ses écrits, le constat selon lequel les règles ne sont applicables que dans des cas bien spécifiques auxquels sont assignées des conséquences juridiques déterminées tandis que les principes ne fixent pas de conditions d'application auxquelles seraient attachées des conséquences automatiques. Si le cas d'espèce reste relativement indéterminé, l'application d'un principe plutôt que d'une règle sera donc privilégiée puisque « *les principes ne déterminent pas péremptoirement les comportements à adopter* »⁴¹⁹ alors que les « *règles, soit établissent des devoirs précis, soit fixent des objectifs concrets à atteindre* »⁴²⁰. Par conséquent, toutes règles et principes juridiques sont par définition généraux mais ne le sont toutefois pas de la même manière. Une règle juridique est générale puisqu'elle vaut pour un nombre indéterminé de cas spéciaux tandis que le principe l'est en raison du nombre indéfini d'applications pour lequel il est établi. C'est donc la plus grande généralité des principes qui caractérise le mieux leur définition et permet de les distinguer des simples règles de droit⁴²¹.

139. Ici, peut alors être opéré un rapprochement avec la subsidiarité conventionnelle et l'attitude du juge européen qui ne fait donc pas un choix aléatoire – mais doublement volontaire – lorsqu'il décide d'énoncer un principe plutôt qu'une règle. D'une part, l'application d'un principe sera par nature plus souple et lui permettra donc d'augmenter sa propre compétence d'appréciation⁴²². D'autre part, « *les principes ont une dimension dont sont dépourvues les règles : celle du poids ou de l'importance* »⁴²³ ce qui permet à la Cour d'identifier la subsidiarité comme un des aspects fondamentaux du système européen des

⁴¹⁸ Voir notamment R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, op. cit., pp. 47-48.

⁴¹⁹ F. MODERNE, « Les principes : permanence et nouveauté », *RFDA*, 1999, p. 726.

⁴²⁰ *Ibid.*

⁴²¹ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 5^{ème} édition, 2012, p. 104.

⁴²² B. DELZANGLES, *Activisme et autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, Fondation Varenne, 2009, p. 62.

⁴²³ R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, op. cit., p. 84.

droits de l'homme⁴²⁴. La qualification de la subsidiarité en tant que règle peut donc être, en ce sens, écartée. De même s'agissant de la qualification de norme.

2- La distinction principe/norme ou l'éviction provisoire du qualificatif de norme juridique

140. Le principe doit ensuite être différencié de la notion de norme⁴²⁵ puisque, selon le philosophe Hans KELSEN⁴²⁶, l'ordre juridique contient à la fois des normes juridiques et des principes juridiques. Cette distinction repose selon lui sur l'origine de la formation du droit. En effet, les normes juridiques sont généralement influencées par des principes de la morale, de la politique et des mœurs, et c'est parce que ces principes influencent la création des normes *juridiques* qu'ils peuvent alors être appelés « principes juridiques ». Toutefois, lorsque ces principes moraux deviennent des principes juridiques, ils semblent alors relever de la catégorie des normes du droit. Des incertitudes persistent néanmoins quant à l'étendue de cette catégorie. En effet, certains membres de la doctrine considèrent que seules les règles peuvent être désignées comme des normes⁴²⁷, tandis que d'autres affirment que « *les règles ne sont pas assimilables aux normes [puisque] cette catégorie, plus vaste, comprendrait, au côté des règles, des principes* »⁴²⁸. Il nous semble que malgré l'enchevêtrement des relations entre principe, règle et norme et nonobstant la diversité des conceptions retenues, ce qui est incontestable c'est que « *toutes ces définitions font toujours de la norme la catégorie générale des prescriptions juridiques, celle qui englobe toutes les autres catégories spécifiques* »⁴²⁹.

⁴²⁴ Voir également L. CADIIET, « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès », in *Etudes offertes à Jacques NORMAND, Justice et droits fondamentaux*, Litec, 2003, p. 83. L'auteur sous-entend que « le critère de distinction entre le principe et la règle tiendrait à la *fondamentalité du premier* ».

⁴²⁵ La norme juridique peut être pourvue de deux définitions principales. « *La première, traditionnelle et dominante [...] assimile les normes juridiques à des règles de conduite dont le contenu doit être prescriptif, prohibitif ou permissif. La seconde, plus novatrice, [...] propose de faire de la norme juridique la référence, le modèle, l'instrument de mesure qui permet de déterminer comment les choses doivent être* », voir S. CAUDAL, « Propos introductifs », in S. CAUDAL (dir.), *Les principes en droit*, op. cit., p. 4.

⁴²⁶ Les propos qui vont suivre sont essentiellement tirés de H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, PUF, 1996, spéc. Chapitre 28, p. 151 et suiv.

⁴²⁷ Voir, notamment, E. MILLARD, « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », CCC, n°21 (Dossier : La normativité), 2007, p. 2, disponible sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-50552.pdf>. L'auteur explique que « *dans la tradition juridique, les normes à portée générale sont souvent désignées sous le nom de règles juridiques* » et O. PFERSMANN, « Norme », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003.

⁴²⁸ E. MILLARD, « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », op. cit. Voir également R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, op. cit., 1995.

⁴²⁹ *Ibid.*

141. Ainsi, une norme serait à la fois composée de principes et de règles et, par conséquent, un principe (néanmoins différent d'une règle⁴³⁰) pourrait également constituer une norme. Du fait de cette imbrication des notions de principes et de normes, et dans la mesure où la subsidiarité conventionnelle est formellement identifiée par le juge européen comme un principe, le qualificatif de norme sera temporairement écarté. Il fera néanmoins l'objet d'une analyse ultérieure dans la perspective d'une détermination du caractère normatif du principe de subsidiarité⁴³¹. La notion de principe étant ainsi précisée, le second obstacle lié à la pluralité de ses critères de définition doit être lui aussi dépassé.

B- La pluralité des critères de définition d'un principe

142. A l'image de la diversité et des fluctuations des notions de principe, de règle ou de norme, les critères de définition d'un principe ne sont pas exempts – eux non plus – de toutes pérégrinations. Partir à la recherche de critères explicites s'apparente alors à une opération délicate tant il est rare de trouver des études où les critères sont clairement précisés. Et quand ils le sont, ils diffèrent évidemment selon les auteurs qui offrent une vision personnelle et donc subjective de leur propre conception d'un principe. La définition de la notion de principe semble néanmoins s'articuler autour de deux critères principaux⁴³². Un principe doit d'abord être une norme juridique (1) à quoi s'ajoute ensuite une condition de généralité (2). Elle souligne toutefois que peuvent s'additionner d'autres critères (3) variant alors selon les auteurs⁴³³.

1- Le critère relativisé de la normativité

143. Tout d'abord, le premier critère tenant à la présence inconditionnelle d'une norme juridique nous semble d'emblée devoir être discuté. S'il est vrai que l'analyse des notions de principe, règle et norme, conduit au constat que le terme générique de norme englobe *a priori* les principes et les règles, le raisonnement *a contrario* selon lequel tout

⁴³⁰ Voir également R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, *op. cit.*, pp. 79-87.

⁴³¹ Voir *infra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §. 2.

⁴³² Voir par exemple S. CAUDAL, « Propos introductifs », in S. CAUDAL (dir), *Les principes en droit*, *op. cit.*, p. 1 et suiv.

⁴³³ Voir notamment R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, *op. cit.*, p. 82. L'auteur distingue entre règle et principe selon leur mode d'application.

principe serait donc nécessairement une norme juridique, au sens d'une norme prescrivant des comportements suffisamment précis et contraignants pour pouvoir être érigée en règle de droit, apparaît toutefois réducteur. Le Professeur Chantal DELSOL considère d'ailleurs, à propos de la subsidiarité, « *qu'il s'agit plutôt d'un principe et non d'une norme* »⁴³⁴, ce qui a donc le mérite de contrarier l'éventuelle assimilation systématique du principe à la norme.

144. En effet, tous les principes en droit, c'est-à-dire utilisés par les juridictions dans le cadre de leur motivation, ne dictent pas automatiquement des prescriptions juridiques et n'ont donc pas *de facto* un caractère juridique normatif⁴³⁵. A ce titre, le Professeur Ronald DWORKIN offre le choix entre deux concepts de principes juridiques. Un premier selon lequel les principes juridiques produisent forcément des obligations juridiques s'imposant aux juges, et un second, selon lequel ils ne sont pas obligatoires comme le sont les règles de droit⁴³⁶. La définition des principes du droit international public⁴³⁷ confirme cette approche en ce qu'elle les identifie comme *des propositions* dégagées par induction des règles de l'ordre juridique et non comme des normes juridiques. Un même constat ressort d'une thèse portant sur *La notion de principe dans le système de la Convention européenne des Droits de l'Homme* où l'auteur précise, en se fondant sur le dictionnaire du Professeur Jules BASDEVANT, que la normativité n'est pas la caractéristique permettant de définir les principes du droit international⁴³⁸. C'est pourquoi certains membres de la doctrine⁴³⁹

⁴³⁴ C. DELSOL, *L'Etat subsidiaire : ingérence et non-ingérence de l'Etat : le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*, Editions du Cerf, 2015, p. 333.

⁴³⁵ Il en va ainsi, par exemple, s'agissant du principe de précaution qui n'a pas toujours été reconnu comme normatif et ne l'est toujours pas en certaines hypothèses. Voir, entre autres, C. BYK, « Force normative et multiplicité des sources en droit international des sciences de la vie », *JDI*, n°2, 2009, var. 3. L'auteur explique que l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce dans sa décision d'arbitrage sur l'affaire du bœuf aux hormones du 12 juillet 1999 « *ne retient pas la pertinence de ce principe pour le droit du commerce international, estimant que le principe n'est pas contraignant au regard du droit international coutumier* » ; M. LONG, « préface », in O. GODARD, *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, édition de la Maison des sciences de l'homme, 1997, p. 21. L'auteur affirme que la précaution « *n'est encore, même lorsqu'elle est prévue par les textes, qu'un principe politique. C'est beaucoup, mais elle n'est pas encore une règle de droit qui appellerait une définition précise et aurait des conséquences également précises. Le législateur me paraît se méfier des effets possibles de sa transformation en norme juridique, et précisément de... l'incertitude quant aux suites de cette transformation* » ; A. ROUYERE, « L'exigence de précaution saisie par le juge », *RFDA*, 2000, p. 266 et suiv. qui parle du principe de précaution comme « *d'une norme juridique incertaine* ».

⁴³⁶ R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, op. cit., p. 88.

⁴³⁷ A. PELLET, *Droit international public*, LGDJ, 1987, p. 317. Il définit les principes en droit international public comme des « *propositions premières dégagées par un long travail d'induction des règles particulières de l'ordre juridique. Par la voie déductive, il peuvent ensuite être appliqués à des situations concrètes qui ne sont pas réglées expressément par le droit positif* » (souligné par nous).

⁴³⁸ M. BOUMGHAR, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Pedone, 2010, p. 17.

proposent des classifications opposant, par exemple, les « *principes-normes* » aux « *principes-descriptions* », les uns illustrant « *les règles occupant une place privilégiée dans l'ordre juridique* » tandis que les autres « *sont des propositions descriptives (et non normatives)* au moyen desquelles les juristes rendent compte de manière synthétique du contenu et des grandes tendances de l'ensemble de normes composant le droit positif »⁴⁴⁰.

145. Ainsi, retenir le critère de la normativité comme condition de définition du principe de subsidiarité semble à la fois non justifié et inapproprié, dans la mesure où il n'est pas – pour l'heure – envisagé sous l'angle d'un principe juridique produisant des effets contraignants. Peu importe que les propositions soient descriptives ou purement normatives⁴⁴¹, ce qui apparaît donc déterminant dans la définition d'un principe, c'est qu'il ait un contenu au moins descriptif influençant le droit positif⁴⁴². Parce qu'elle est pourvue d'un contenu à la fois substantiel – justifiant l'harmonisation des droits nationaux⁴⁴³ – et procédural de répartition des compétences⁴⁴⁴, la subsidiarité conventionnelle remplit donc ce premier critère.

2- Le critère classique de la généralité

146. Concernant le second critère tenant au caractère général, il est vrai que « *tout principe a vocation naturelle à la généralité, même si son degré de généralité est éminemment*

⁴³⁹ Voir, par exemple, A. JEAMMAUD, « Les principes dans le droit français du travail », *Droit social*, 1982, p. 618.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, (souligné par nous).

⁴⁴¹ Cette dimension normative subit, d'ailleurs, des évolutions dans le sens d'une érosion, d'un assouplissement de son caractère impératif, bien que ne couvrant toutefois pas les hypothèses d'énoncés seulement descriptifs. En ce sens, le Professeur Jacques CHEVALLIER explique que « *la règle de droit n'est pas toujours formulée de manière impérative - sous la forme positive d'un ordre ou d'une injonction, ou sous la forme négative d'un interdit ou d'une prohibition ; mais, si elle peut être permissive, en autorisant certains comportements, ou habilitatrice, en conférant une capacité d'action, elle ne se réduit jamais à une simple constatation, à une pure description: elle comporte des prescriptions, auxquelles les destinataires sont tenus d'obéir* ». Voir J. CHEVALLIER, « Présentation », CCC, n°21 (Dossier : la normativité), 2007, disponible sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-21/presentation-par-jacques-chevallier.50549.html>.

⁴⁴² Voir N. MACCORMICK, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, PUF, 1996, p. 182 où l'auteur définit la notion de principe comme celui « *ayant une fonction justificative et explicative pertinente à l'égard des règles de droit en vigueur* ».

⁴⁴³ Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §1 et pour plus de détails, voir *infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2.

⁴⁴⁴ Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §1 et pour plus de détails, voir *infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

variable »⁴⁴⁵. Ainsi et dès lors que cette condition s'apprécie comme l'aptitude du principe à recevoir un nombre indéterminé d'applications⁴⁴⁶, la subsidiarité peut être considérée comme remplissant ce nouveau critère tant ses domaines juridiques d'application sont variés⁴⁴⁷. De même, concernant la subsidiarité conventionnelle qui – parce que dotée d'une dimension substantielle et procédurale – a vocation, d'une part, à s'appliquer dans tous les domaines du droit européen et pour tous les droits garantis⁴⁴⁸ et, d'autre part, intervient en amont⁴⁴⁹, au cœur⁴⁵⁰ et en aval⁴⁵¹ du contrôle européen. Son degré de généralité est donc tel qu'il lui permet des interventions multiples à toutes les étapes du contrôle du juge et au sein de l'ensemble du droit européen des droits de l'homme.

3- Le critère de la consécration en droit positif

147. Mais au-delà de sa généralité, un principe en droit se caractérise, en dernier lieu, au regard de sa « valeur positive »⁴⁵² au sens de ce qui est posé, d'un principe consacré en

⁴⁴⁵ F. MODERNE, « Le recours par le juge administratif aux principes dont s'inspire le code civil », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges Daniel LABETOUILLE*, Dalloz, 2007, p. 659.

⁴⁴⁶ D. DE BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Édition Odile Jacobs, 1997, p. 36. Cette condition rejoint d'ailleurs le critère de différenciation d'un principe et d'une règle précédemment envisagé.

⁴⁴⁷ Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, section 1 où a été démontré, qu'en outre des domaines extra-juridiques, la subsidiarité fait l'objet d'une application dans divers domaines juridiques relevant aussi bien du droit privé que du droit public.

⁴⁴⁸ A titre d'exemple, voir Cour EDH, Gde ch., 13 décembre 2012, *El-Masri c. "L'ex-République Yougoslave de Macédoine"*, req. n°39630/09, Rec. 2012, § 141 ; *JDI*, 2013, n°4, pp. 1271-1275, note E. DECAUX ; *JCP G.*, 2013, n°3, p. 85, comm. G. GONZALEZ, concernant les opérations de remise extraordinaire et le domaine de l'article 3 ; Cour EDH, Gde ch., *Austin et al. c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 61 concernant le maintien de manifestants pacifiques par la police à l'intérieur d'un cordon de sécurité et le domaine de l'article 5 ; Cour EDH, Gde ch., 13 juillet 2012, *Mouvement Raëlien Suisse c. Suisse*, req. n°16354/06, Rec. 2012, § 64 ; *JCP G.*, 2012, n°37, 971, obs. C. PICHERAL, concernant l'interdiction d'une campagne d'affichage et le domaine de l'article 10 ; Cour EDH, Gde ch., 7 juillet 2011, *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni*, req. n°55721/07, Rec. 2011, § 99 ; *RGDIP*, 2012, n°1, pp. 61-88, obs. P-F. LAVAL concernant la juridiction du Royaume-Uni en Irak et le domaine de l'article 2.

⁴⁴⁹ Au stade de la recevabilité et, notamment, de l'application de la règle de l'épuisement des voies de recours internes à l'aune de l'affaire Cour EDH, 19 février 2013, *Garcia Mateos c. Espagne*, req. n°38285/09, § 27 ; *JCP S.*, 2013, n°30, pp. 30-32, note J-P. TRICOIT.

⁴⁵⁰ Voir, entre autres, l'affaire Cour EDH, 23 janvier 2014, *Montoya c. France*, req. n°62170/10, § 30 s'agissant du recours à la doctrine de la marge d'appréciation et l'affaire Cour EDH, Gde ch., 7 novembre 2013, *Vallianatos et autres c. Grèce*, req. n°29381/09 et al., Rec. 2013, § 91 ; *JCP G.*, 2013, n°49, p. 2219, comm. F. SUDRE, s'agissant de l'interprétation consensuelle.

⁴⁵¹ S'agissant, notamment, d'une application du principe du libre choix des moyens de mise en conformité avec l'arrêt de condamnation, reconnu au profit des Etats depuis l'arrêt Cour EDH, 31 octobre 1995, *Papamichalopoulos et al. c. Grèce*, req. n°14556/89, série A n°330-B, § 34 ; *GACEDH*, n°75 ; *RTDH*, 1997, n°31, pp. 477-492, obs. M-A. BEERNAERT ; *AFDI*, 1995, 503, chron. V. COUSSIRAT-COUSTERE ou, plus généralement, concernant l'application de la subsidiarité au domaine de l'article 46 de la Convention à l'exemple de l'affaire Cour EDH, 7 janvier 2014, *Fondation foyers des élèves de l'église réformée et Stanomirescu c. Roumanie*, req. n°2699/03, § 76.

⁴⁵² N. MACCORMICK, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, PUF, 1996, p. 182.

droit positif. En effet, « *les principes sont généralement des conséquences, des résultats que l'on extrait soit des textes de droit positif, soit des décisions de justice, soit de la coutume, ou soit de la doctrine qui leur donne leur configuration et leur assigne un rang dans l'ordre juridique* »⁴⁵³. Ainsi, l'origine jurisprudentielle de la subsidiarité conventionnelle – avalisée toutefois par l'adoption du Protocole n°15 prévoyant l'inscription du principe au cœur du préambule de la Convention – n'apparaît pas être une limite à sa qualification de principe, le Professeur Denys SIMON confirmant d'ailleurs, au sujet des principes en droit communautaire, qu'ils peuvent être aussi bien consacrés dans le droit écrit que dans la jurisprudence⁴⁵⁴.

148. Pour conclure, la subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne répond donc aux principaux critères de définition d'un principe. Sans être forcément une norme juridique, elle est toutefois une proposition dotée d'un contenu au moins descriptif influençant le droit positif. Par ailleurs pourvue d'une généralité certaine, elle a vocation à s'appliquer à un nombre indéterminé d'hypothèses couvrant *in fine* la quasi-globalité des domaines du droit européen des droits de l'homme. Enfin, sa consécration jurisprudentielle – prochainement renforcée par une consécration textuelle – confirme la valeur positive de la subsidiarité qui mérite donc bien la qualification de principe.

149. Toutefois, certains auteurs révoquent « *le terme [même] de “ principe ” qui pourrait s'appliquer à la notion de subsidiarité, qui [apparaît], tout au plus, comme une idée* »⁴⁵⁵. En ce sens et au vu de l'absence de caractère normatif déterminé, ne serait-il pas préférable de parler de « directive d'interprétation » au sens « *d'une proposition signifiant un modèle de comportement [en l'occurrence, l'activité interprétative en droit] dont la formulation est destinée à influencer celui-ci* »⁴⁵⁶ plutôt que de principe ? En effet, ce qualificatif ne préjuge pas de la dimension normative de la subsidiarité puisque les directives

⁴⁵³ F. MODERNE, « Les principes : permanence et nouveauté », *RFDA*, 1999, p. 723.

⁴⁵⁴ D. SIMON, « Les principes en droit communautaire », in S. CAUDAL (dir.), *Les principes en droit*, Economica, 2008, p. 288.

⁴⁵⁵ P. VIELLE et S. GILSON, « La subsidiarité et la vie sociale : relations de travail et sécurité sociale », in F. DELPEREE (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruylant, 2002, pp. 103 et 104. Voir également J. FIALAIRE, « Synthèse générale », in J. FIALAIRE (dir.), *Subsidiarité infranationale et territorialisation des normes : état des lieux et perspectives en droit interne et en droit comparé*, Presses universitaires de Rennes, 2005, p. 18. L'auteur considère que « *le concept de subsidiarité est moins porteur d'un principe du fait du caractère insaisissable de ses effets juridiques, que révélateur d'un indice parmi d'autres expliquant un choix en faveur d'un régime d'autonomie* ».

⁴⁵⁶ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, « Les colonnes d'Hermès : à propos des directives d'interprétation en Droit », in P. AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, Bruylant, 1995, p. 139.

désignent à la fois « *des normes, des règles et des impératifs – c'est-à-dire des prescriptions – mais encore des suggestions, des souhaits, des conseils, des règles jurisprudentielles* »⁴⁵⁷. Les qualificatifs de « méthode », dont le terme a l'avantage « *d'englober la diversité des phénomènes caractérisant l'interprétation* »⁴⁵⁸, ou bien de « technique »⁴⁵⁹, entendu comme un ensemble de procédés ou moyens spécifiques permettant d'adapter la règle juridique à un but recherché⁴⁶⁰, pourraient être également envisagés. Or, si la subsidiarité substantielle pourrait effectivement s'analyser en une technique, une directive ou une méthode d'interprétation, dès lors qu'elle constitue un outil privilégié au service de l'activité interprétative du juge⁴⁶¹, la subsidiarité procédurale ne peut être appréciée en ce sens. En effet, parce qu'elle pose notamment une règle précise d'épuisement des voies de recours internes et organise l'articulation des compétences entre la Cour et les Etats membres, elle s'apparente davantage à un principe fonctionnel⁴⁶². La subsidiarité conventionnelle – lorsqu'envisagée dans sa globalité – ne se compose donc pas d'un unique volet interprétatif et ne peut être qualifiée en ce sens de méthode, technique ou directive d'interprétation.

150. Par conséquent, il semble que ce soit à bon droit que le juge européen ait élevé la subsidiarité au rang de *principe*, subsidiarité qui mérite donc une telle qualification. Ce constat nous conduit, toutefois, vers une seconde problématique – et pas des moindres – celle de déterminer quel type de principe, la subsidiarité, peut-elle bien être.

⁴⁵⁷ *Ibid.*, p. 140.

⁴⁵⁸ Voir M. BOUMGHAR, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 26.

⁴⁵⁹ P. VIELLE et S. GILSON, « La subsidiarité et la vie sociale : relations de travail et sécurité sociale », *op. cit.*, pp. 103 et 104. Voir également Antoine GOUËZEL qui considère que la subsidiarité est « *une technique de coordination d'éléments concurrents qui subordonne à la défaillance de l'élément premier, le recours à l'élément subsidiaire* », A. GOUËZEL, *La subsidiarité en droit privé*, Economica, 2013, p. 24.

⁴⁶⁰ Voir, entre autres, A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et sociologie du droit*, LGDJ, 2^{ème} édition, 1993, p. 605, l'auteur définit le terme de technique comme « *une activité pratique adaptant des normes juridiques à des besoins sociaux réels* » ; G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 10^{ème} édition, 2014 (voir à « juridique »), la technique juridique est un « *ensemble de moyens spécifiques (procédés, opérations, présomption, fictions, assimilation, qualification) qui président à l'agencement et à la réalisation d'un droit* » et P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme : essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005, vol. 1, p. 36, la technique juridique est un « *instrument mis en œuvre par un utilisateur dans un but déterminé qu'il est supposé satisfaire* ».

⁴⁶¹ Voir en ce sens l'opinion concordante du juge PINTO DE ALBUQUERQUE à laquelle se rallie le juge VUCINIC dans l'affaire Cour EDH, Gde ch., 13 décembre 2012, *De Souza Ribeiro c. France*, req. n°22689/07 Rec. 2012. Il y qualifie la subsidiarité de « *principe fondamental d'interprétation* ». Voir, dans le même sens, les propos du président de la Cour européenne, Dean SPIELMANN, lors de la conférence de presse du 24 janvier 2013 (51').

⁴⁶² Voir *infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

§2- La diversité de la typologie des principes du droit comme entrave à la qualification univoque du principe de subsidiarité

151. Malgré la pluralité des acceptions de la notion de principe et, par conséquent, de ses critères de définition, la subsidiarité a pu être identifiée comme étant un principe légitime du droit de la Convention européenne. Toutefois, apprécier le principe de subsidiarité suppose de pouvoir également déterminer et qualifier ce principe. Or, il existe une typologie des principes du droit extrêmement diverse et dont « *les critères de qualification [...] ne sont nulle part définis. Leur détermination est [donc] difficile* »⁴⁶³. Cela étant et au-delà de la traditionnelle typologie théorique et dogmatique des principes du droit⁴⁶⁴, deux qualificatifs doivent, à la lecture de la jurisprudence européenne⁴⁶⁵, être envisagés s'agissant du principe de subsidiarité. La Cour, généralement peu explicative et expansive à son égard, l'a en effet déjà qualifié de « *principe général de subsidiarité* »⁴⁶⁶ **(A)** bien que plus régulièrement de « *principe fondamental de subsidiarité* »⁴⁶⁷ **(B)**. Toutefois, s'interroger sur la nature générale ou fondamentale du principe de subsidiarité ne préjugera en rien de son éventuelle fonction directrice du droit européen des droits de l'homme⁴⁶⁸.

⁴⁶³ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 5^{ème} édition, 2012, p. 113.

⁴⁶⁴ Voir, en ce sens, J. WROBLEWSKI, « Principes du droit », in A.-J. ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie*, op. cit., p. 474. L'auteur identifie cinq types de « *principe du droit* » tant ce terme apparaît polysémique dans le vocabulaire juridique. Il y a d'abord « *les principes positifs du droit* » qui désignent les principes expressément identifiés dans un texte de droit positif en raison de leur importance. Il y a ensuite « *les principes implicites du droit* », c'est-à-dire ceux perçus comme origine, comme prémisses ou comme conséquence d'une règle de droit positif. Existente également « *les principes extra-systémiques du droit* » qui se définissent de manière négative, en n'étant ni un principe positif du droit, ni un principe implicite du droit. Enfin, et à titre accessoire, sont également identifiés les « *principes-nom du droit* » qui permettent de caractériser les traits essentiels d'une institution ou une régulation juridique et les « *principe-construction du droit* » qui sont présumés par la pratique et la dogmatique juridique. À l'aune de ces définitions, le principe de subsidiarité s'apparente davantage à un principe positif du droit dans la mesure où il est formellement identifié dans la jurisprudence européenne et surtout, prochainement, dans le préambule même de la Convention.

⁴⁶⁵ À laquelle nous intégrerons les opinions séparées.

⁴⁶⁶ Cour EDH, 10 juillet 2012, *B. c. Belgique*, req. n°4320/11, § 60.

⁴⁶⁷ Voir, entre autres, l'opinion dissidente commune aux juges GYULUMYAN, ZIEMELE, BIANKU ET POWER dans l'affaire Cour EDH, Gde ch., 10 septembre 2010, *Mc Farlane c. Irlande*, req. n°31333/06, Rec. 2010 et l'opinion dissidente de la juge POWER à laquelle se rallie le juge ZUPANČIČ dans l'affaire Cour EDH, 11 janvier 2011, *Vergu c. Roumanie*, req. n°8209/06.

⁴⁶⁸ Voir, en ce sens, F. MODERNE, « Les principes : permanence et nouveauté », op. cit., p. 739 ; J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 5^{ème} édition, 2012, p. 113 et K. GRABARCZYK, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour EDH*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006, p. 377 et suiv. En effet, ces auteurs distinguent clairement le qualificatif de *principe général* ou *principe général du droit* qui traduit la nature des principes en cause, de celui de *principe directeur* qui renvoie au rôle de ces principes généraux ou fondamentaux. Ainsi, rechercher la catégorie à laquelle appartient le principe de subsidiarité se distingue clairement de l'analyse de son rôle directeur du droit de la Convention européenne ultérieurement étudié. Pour plus de détails sur ce point, voir *infra*, Partie 1, Titre 2.

A- L'hypothèse écartée d'un principe général de subsidiarité

152. Par « principe général », on entend traditionnellement « principe général du droit ». Toutefois, cette catégorie classique des principes du droit devra être écartée (1), puisque non adaptée au droit de la Convention européenne, de même que celle de principe général qui se révélera *a priori* inadéquate s'agissant du principe de subsidiarité (2).

1- L'éviction assurée du qualificatif de principe général du droit

153. Consacrés pour la première fois par le Conseil d'Etat dans son célèbre arrêt Aramu du 26 octobre 1945, les principes généraux du droit, « *applicables même en l'absence de textes* »⁴⁶⁹, sont des « *règles admises par la jurisprudence comme s'imposant à l'administration et à ses rapports avec les particuliers, [...] et ayant une valeur égale à celle de la loi, de sorte que celle-ci peut y déroger et que, au contraire, l'administration et le pouvoir réglementaire doivent les respecter* »⁴⁷⁰. Plus simplement, il s'agit de principes « découverts »⁴⁷¹ par le juge à partir de l'état du droit à un moment donné et désignant des normes relativement abstraites et générales.

154. Toutefois, les principes généraux du droit doivent être distingués de la notion de création jurisprudentielle dans la mesure où « *chaque œuvre jurisprudentielle ne constitue pas automatiquement un principe général du droit* »⁴⁷². En effet, toute création prétorienne n'est pas forcément une « *source du droit* »⁴⁷³ à l'inverse des principes généraux du droit qui, au côté des sources écrites, doivent être suffisamment individualisés pour devenir une source à part entière⁴⁷⁴. C'est en ce sens que Katarzyna BLAY-GRABARCZYK distingue, dans sa

⁴⁶⁹ CE, Assemblée, 26 octobre 1945, *Aramu et autres*, req. n° 77.726, Rec. Lebon p. 213 : « *qu'il résulte des principes généraux du droit applicables même en l'absence de texte qu'une sanction ne peut être prononcée légalement sans que l'intéressé n'ait été en mesure de présenter sa défense* ».

⁴⁷⁰ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 10^{ème} édition, 2014.

⁴⁷¹ Approche toutefois contestée par la doctrine notamment réaliste, qui considère cette découverte comme la marque d'un pouvoir normatif du juge. Ainsi le juge ne découvre pas les principes généraux du droit, il les crée. Controverse doctrinale soulevée notamment par P. WACHSMANN, « La volonté de l'interprète », *Droits*, 1999, n°28, p. 36.

⁴⁷² K. GRABARCZYK, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour EDH*, op. cit., pp. 37 et 38.

⁴⁷³ Par « *source du droit* », il faut comprendre « *les modes de formation des règles juridiques au sein d'une société donnée, les différentes façons dont ces règles sont établies* », V. LASSERRE-KIESOW, « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », *Dalloz*, 2006, p. 2282.

⁴⁷⁴ K. GRABARCZYK, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour EDH*, op. cit., pp. 37 et 38. Voir également J-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 104.

thèse de doctorat⁴⁷⁵, les principes généraux du droit – qu'elle juge non appropriés au droit de la Convention européenne et donc quasi-inexistants – des simples principes généraux. Elle explique, en effet, qu'à la différence des principes généraux du droit, les principes généraux sont des techniques d'interprétation propres au système de la Convention qui permettent, ainsi, de garantir tant le caractère évolutif du droit conventionnel que son effectivité. Alors que les principes généraux du droit servent de base résolutoire et matérielle au litige en tant que simple technique de découverte des sources du droit, les principes généraux permettent, quant à eux, l'interprétation de ces droits de même que leur extension. Il s'agit donc, en ce sens, d'un phénomène libre et spontané. Elle souligne, par ailleurs, le rattachement systématique de ces principes généraux à la norme conventionnelle, ce qui permet de conclure que ces principes ne sont pas de nouvelles sources normatives autonomes, contrairement aux principes généraux du droit, directement invocables par le juge et le justiciable.

155. Partant, il nous semble que la qualification de principe général du droit n'est pas pertinente s'agissant du principe de subsidiarité qui, en sus d'être un principe en droit de la Convention européenne, est implicitement consacré dans différentes dispositions conventionnelles et ne constitue donc pas une source autonome du droit. Plus étonnant cependant, il ne semble pas non plus appartenir à la catégorie des principes généraux.

2- L'éviction timorée du qualificatif de principe général

156. Le Professeur Jean-Louis BERGEL, se fondant notamment sur les études des Professeurs Gorges VEDEL, Pierre DEVOLVE⁴⁷⁶ et Didier TRUCHET⁴⁷⁷, définit les principes généraux comme « *des règles de droit objectif, non de droit naturel ou idéal, exprimées ou non dans les textes mais appliquées par la jurisprudence et dotées d'un caractère suffisant de généralité* »⁴⁷⁸. Il s'agit, par ailleurs, de principes très hétérogènes – du fait de leur forme et contenu – mais tous dotés d'une importance fondamentale dans l'ensemble des matières juridiques⁴⁷⁹. En droit de la Convention européenne notamment, le

⁴⁷⁵ Les propos qui vont suivre sont essentiellement empruntés à K. GRABARCZYK, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour EDH*, op. cit., spéc. Partie 2, Titre 1, p. 265 et suiv.

⁴⁷⁶ G. VEDEL et P. DEVOLVE, *Droit administratif*, PUF, 1980, p. 378.

⁴⁷⁷ D. TRUCHET, « Douze remarques sur le principe de précaution », *JCP G.*, 2002, act. 138, p. 534.

⁴⁷⁸ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 104.

⁴⁷⁹ A ce sujet, l'auteur renvoie aussi bien au droit international public, au droit international privé, au droit constitutionnel, au droit administratif, au droit processuel, au droit pénal et au droit privé en général mais aussi

juge en fait une catégorie singulière qui, au vu des éléments esquissés précédemment, aurait pu sembler correspondre au principe de subsidiarité.

157. Toutefois, à la lecture d'une thèse portant spécifiquement sur *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne*⁴⁸⁰, le principe de subsidiarité n'est pas identifié en tant que tel. Au terme de l'élaboration de sa grille de recherche – essentiellement fondée sur des critères formel, fonctionnel, organique et matériel – l'auteur discerne deux principes généraux qualifiés d'inhérents au système européen, à savoir le principe de prééminence du droit et de dignité de la personne humaine, ainsi que deux principes généraux d'équilibre que sont le principe de proportionnalité et de sécurité juridique. Son analyse rejoint d'ailleurs celle du Professeur Gérard COHEN-JONATHAN qui distingue, au sein des principes généraux, les principes matériels (comme le principe de la prééminence du droit⁴⁸¹ ou celui de dignité humaine⁴⁸²) des principes structurels du droit et du contrôle de la Cour (tel que celui de proportionnalité⁴⁸³).

158. Cette identification des principes généraux au sein de la jurisprudence européenne conduit donc à la mise à l'écart de l'ensemble des autres principes potentiels – dont le principe de subsidiarité – qui ne seraient alors que des directives d'interprétation du texte⁴⁸⁴. Néanmoins, « *une telle identification contient nécessairement une part de subjectivité et reflète une systématisation personnelle* »⁴⁸⁵, si bien qu'il est toutefois possible d'envisager l'adhésion de la subsidiarité à la catégorie des principes généraux. Sans réaliser une analyse nécessairement approfondie et même si, cela impose une certaine anticipation dans l'étude des fonctions⁴⁸⁶ et de la portée concrète⁴⁸⁷ du principe de subsidiarité, il est possible de constater

au droit du travail, au droit fiscal, au droit européen. Voir J-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, op. cit., p. 115 et 116. Voir également, concernant l'analyse des principes généraux en droit administratif et constitutionnel, F. MODERNE, « Principes fondamentaux, principes généraux. Actualité des principes généraux du droit », *RFDA*, 1998, p. 495 et suiv.

⁴⁸⁰ K. GRABARCZYK, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour EDH*, op. cit.

⁴⁸¹ G. COHEN-JONATHAN, « Le rôle des principes généraux dans l'interprétation et l'application de la Convention Européenne des Droits de l'Homme », in *Mélanges en l'honneur de Louis-Edmond PETTITI*, Bruylant, 1998, p. 193.

⁴⁸² *Ibid.*

⁴⁸³ *Ibid.*, p. 194.

⁴⁸⁴ K. GRABARCZYK, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour EDH*, op. cit., p. 259. L'auteur explique donc que « *si l'identification de seulement quatre principes généraux peut être considérée comme relativement restreinte, voire réductrice [...] ils se distinguent des autres principes présents dans la jurisprudence par une généralité et une positivité plus affirmées* ».

⁴⁸⁵ *Ibid.*, p. 193.

⁴⁸⁶ Pour plus de détails, voir *infra*, Partie 1, Titre 2.

⁴⁸⁷ Pour plus de détails, voir *infra*, Partie 2.

qu'il répond à l'ensemble des critères posés par l'auteur, notamment matériel et fonctionnel dès lors que « *le pouvoir créateur de la Cour européenne ne fait pas de doute et que l'existence d'un fond commun de valeurs peut être reconnue* »⁴⁸⁸. En effet, d'une part, il couvre de larges domaines d'intervention et fait donc l'objet d'une application générale. D'autre part, il permet de combler les lacunes du droit en ce qu'il guide l'harmonisation des droits nationaux et la mise en cohérence du système européen.

159. Si l'éviction du principe de subsidiarité de la catégorie de principe général ne paraît donc pas aller de soi, elle a le mérite de souligner toute la subjectivité et ambiguïté de ces notions. Suivant une approche négative, il nous semble que la principale raison – peu satisfaisante néanmoins – pouvant conduire à l'exclusion du principe de subsidiarité de la catégorie des principes généraux, doit être trouvée dans la plus grande adhésion du principe à celle de « principe fondamental ».

B- L'hypothèse adoptée d'un principe fondamental de subsidiarité

160. La notion de « principe fondamental » doit préalablement être distinguée de celle, plus couramment exploitée, de « principe fondamental reconnu par les lois de la République » qui – en tant que notion constitutionnelle répondant à des critères précis d'identification – est totalement étrangère à la catégorie présentement envisagée. En effet, les principes fondamentaux, tels qu'entendus en l'espèce, expriment « *les fondements et la finalité de l'ordre juridique* »⁴⁸⁹, plus particulièrement ceux du système européen de protection des droits de l'homme⁴⁹⁰. La définition de ces principes fondamentaux n'est toutefois pas clairement précisée et leur distinction avec les principes généraux en est donc complexifiée, d'autant plus que ces deux catégories de principes sont parfois présentées comme similaires⁴⁹¹.

⁴⁸⁸ K. GRABARCZYK, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour EDH*, op. cit., p. 193.

⁴⁸⁹ B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, la Documentation française, 1999, p. 242.

⁴⁹⁰ Voir également G. COHEN-JONATHAN, « Le rôle des principes généraux dans l'interprétation et l'application de la Convention Européenne des Droits de l'Homme », in *Mélanges en l'honneur de Louis-Edmond PETTITI*, Bruylant, 1998, p. 192.

⁴⁹¹ Voir, par exemple, P. GERARD, « Aspects de la problématique actuelle des principes généraux du droit », *Déviance et société*, 1988, n°1, Vol. 12, p. 75. L'auteur écrit que « *parfois qualifiés de fondamentaux ou de généraux, ces principes sont [tout deux] des règles juridiques supérieures* » de l'ordre juridique dans lequel ils sont employés. Voir également G. COHEN-JONATHAN, « Le rôle des principes généraux dans l'interprétation

161. Toutefois et malgré la confusion conceptuelle régnant autour de ces notions, des analogies entre les caractéristiques du principe de subsidiarité et les spécificités d'un principe fondamental peuvent donc être relevées comme justifiant un rapprochement entre eux. L'appartenance du principe de subsidiarité à la catégorie de principe fondamental semble en effet se justifier au regard de trois séries d'arguments d'ordre à la fois formel, fonctionnel et matériel.

D'un point de vue formel tout d'abord, le choix d'une telle qualification fait clairement l'objet d'un assentiment général que ce soit de la part des juges⁴⁹², de la doctrine⁴⁹³ ou du comité des ministres⁴⁹⁴, ce qui ne peut être évidemment pas ignoré. L'utilisation fréquente et partagée de l'expression de « principe fondamental de subsidiarité » est donc nécessairement révélatrice de sa potentielle identité. Et lorsque le principe de subsidiarité n'est pas expressément qualifié de fondamental, il est néanmoins apprécié de manière sensiblement identique, par exemple, en tant que « *principe fondateur* »⁴⁹⁵ de la Convention européenne. Une analyse de la doctrine communautariste confirme d'ailleurs l'équivalence de ces notions essentiellement grâce à un examen des fonctions d'un principe fondamental ou fondateur.

En effet, et d'un point de vue fonctionnel ensuite, la Cour de justice de l'Union européenne dégage du droit communautaire des principes qui traduisent « *les bases idéologiques et structurelles* » de l'Union – ce qui rejoint les caractéristiques principales d'un principe fondamental en ce qu'il est essentiel au bon fonctionnement du système – et qui sont indifféremment nommés « *principes fondateurs ou principes inhérents à la nature spécifique de l'Union* »⁴⁹⁶. Font d'ailleurs partis de cette catégorie hétéroclite des principes qui « *encadrent le raisonnement juridictionnel* » et sont « *inhérents à l'exercice de la fonction*

et l'application de la Convention Européenne des Droits de l'Homme », *op. cit.*, p. 192. L'auteur explique que « *tous les principes dits généraux ne sont pas cependant d'une égale valeur, certains sont fondamentaux* ».

⁴⁹² Voir l'opinion dissidente commune aux juges GYULUMYAN, ZIEMELE, BIANKU ET POWER dans Cour EDH, Gde ch., 10 septembre 2010, *Mc Farlane c. Irlande*, req. n°31333/06, Rec. 2010 et l'opinion dissidente de la juge POWER à laquelle se rallie le juge ZUPANČIČ dans Cour EDH, 11 janvier 2011, *Vergu c. Roumanie*, req. n°8209/06. Voir également Cour EDH, Gde ch., 28 avril 2008, *Hutten-Czapska c. Pologne*, req. n°35014/97, § 34.

⁴⁹³ Voir notamment J-P. COSTA, « Intervention introductive » devant le Conseil d'Etat, lors de la conférence sur *Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme*, Paris, le 19 avril 2010.

⁴⁹⁴ Voir, notamment, les déclarations d'Izmir du 27 avril 2011, point 5 et de Brighton du 20 avril 2012, point 3.

⁴⁹⁵ F. SUDRE, « La subsidiarité, “ nouvelle frontière ” de la Cour EDH. A propos des protocoles 15 et 16 à la Convention », *JCP G.*, 2013, n°42, doct. 1086, p. 1914.

⁴⁹⁶ D. SIMON, « Les principes en droit communautaire », in S. CAUDAL (dir.), *Les principes en droit*, Economica, 2008, p. 295.

judiciaire »⁴⁹⁷, les principes dits régulateurs de la répartition des compétences dont le principe de subsidiarité⁴⁹⁸. Il en va de même s'agissant de la subsidiarité en droit de la Convention européenne. En effet et de manière générale, « *le principe fondamental est abstrait [et] a pour fonction d'être l'application juridique d'un concept directeur ; sa fonction [étant] donc avant tout axiologique* »⁴⁹⁹. Or, la subsidiarité conventionnelle est une notion complexe et ambiguë qui, bien avant de faire l'objet d'une application juridique, est un concept de philosophie sociale porteur de valeurs particulières⁵⁰⁰. Parce que le principe de subsidiarité exprime donc les bases et la nature spécifique du système européen de protection des droits de l'homme, il va servir de trame, de fil conducteur au contrôle strasbourgeois⁵⁰¹ et ainsi s'illustrer en tant que principe fondamental puisque « *c'est [bien] le principe fondamental qui sert de guide à l'interprète et non le principe général de droit* »⁵⁰².

D'un point de vue matériel enfin, il importe peu que les principes fondamentaux « *aient ou non [une] valeur positive* »⁵⁰³, c'est-à-dire qu'ils aient été ou non consacrés en droit positif. Ainsi, les évolutions jurisprudentielles du principe de subsidiarité, qui n'a pas de suite été identifié en tant que tel et qui a longtemps été seulement implicite au texte conventionnel, n'est pas un obstacle à sa qualification de principe fondamental, ni d'ailleurs au fait qu'il puisse éventuellement posséder « *une signification et portée juridique* »⁵⁰⁴.

162. Par conséquent et bien que présentant des similitudes non négligeables avec les principes généraux au sens de la jurisprudence européenne, l'ensemble de ces éléments semble conduire au constat selon lequel le principe de subsidiarité s'apparente davantage à un principe fondamental du droit européen.

⁴⁹⁷ *Ibid.*, p. 299.

⁴⁹⁸ Notons toutefois et à nouveau, l'ambiguïté régnant entre ces différentes notions de principe fondamental, fondateur ou général. Elles présentent, en effet, les mêmes caractéristiques principales dès lors que les principes fondamentaux ou fondateurs sont visiblement aussi des principes structurels du système européen, de même que certains des principes généraux lorsqu'ils sont « *inhérents au droit de la Convention* », Gérard COHEN-JONATHAN les qualifiant de « *principes structurels du système européen* ». Voir G. COHEN-JONATHAN, « Le rôle des principes généraux dans l'interprétation et l'application de la Convention Européenne des Droits de l'Homme », in *Mélanges en l'honneur de Louis-Edmond PETTITI*, Bruylant, 1998, p. 192.

⁴⁹⁹ B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 244.

⁵⁰⁰ Voir *supra*, l'introduction.

⁵⁰¹ Pour plus de détails sur cette question, voir *infra*, Partie 1, Titre 2.

⁵⁰² B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 258.

⁵⁰³ *Ibid.*, p. 244. Pour un avis contraire, voir P. GERARD, « Aspects de la problématique actuelle des principes généraux du droit », *Déviante et société*, 1988, n°1, Vol. 12, p. 75, qui considère que ces principes « *relèvent du droit positif conçu comme un ensemble hiérarchisé de normes* ».

⁵⁰⁴ *Ibid.*



163. Malgré la confusion conceptuelle régnant autour de la notion de principe juridique, souvent assimilée à celle de règle de droit ou de norme juridique, et qui entraîne une identification tout naturellement complexifiée de la dimension principielle de la subsidiarité, celle-ci semble mériter son accession prétorienne au rang de *principe*. Si elle est donc – bien que formellement consacrée par le juge – un *principe* légitime en droit européen, elle n'est certainement pas un principe général du droit, ni *a priori* un principe général au sens de la jurisprudence européenne mais plutôt un principe fondamental qui définit les orientations de la jurisprudence et guide le juge dans l'exercice de son contrôle.

164. Toutefois, « *les notions de principe général, de principe général du droit et de [principes] fondamentaux peuvent être qualifiées de subjectives. Leur définition, leur signification ou leur existence dépendent du juge ou du système dans lequel ils sont appelés à être utilisés. En outre, il s'agit d'une catégorie de notions floues, imprécises et ambiguës qui apparaissent insaisissables ou indéfinissables* »⁵⁰⁵. Ainsi, subsistent des incertitudes quant à la typologie exacte du principe de subsidiarité, balançant donc entre principe général et principe fondamental en raison de l'impossible stricte distinction entre ces deux catégories de principe. Si la subsidiarité semble davantage se rattacher à la catégorie des principes fondamentaux en raison surtout de la plus grande utilisation de ce qualificatif, elle présente également des similitudes avec celle des principes généraux. En résulte une indétermination certaine de la nature du principe de subsidiarité. Or cette indétermination, « *ce statut pour le moins instable, rend [naturellement] confus le rapport du principe à la positivité juridique* »⁵⁰⁶.

⁵⁰⁵ K. GRABARCZYK, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour EDH*, op. cit., p. 259.

⁵⁰⁶ J. BARROCHE, *La subsidiarité française existe-t-elle ?*, p. 3, disponible sur : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC4/BarrocheTXT.pdf>.

SECTION 2 : LA JURIDICITÉ CONTROVERSÉE DU PRINCIPE DE SUBSIDIARITÉ

165. La subsidiarité est un principe d'origine politico-philosophique et donc initialement extra-juridique. Par la suite transposée au domaine du droit, elle devient alors un principe pouvant être qualifié de juridique dans la mesure où elle « *se constitue et se développe à l'intérieur même du système de droit dont [elle est] une des composantes* »⁵⁰⁷. Mais ce n'est qu'avec la doctrine sociale de l'Eglise catholique qu'apparaissent les premières conceptions matérielles du principe juridique de subsidiarité duquel découlerait une « *véritable obligation juridique d'intervention de l'autorité publique en cas de défaillance des autonomies et non plus un simple devoir moral* »⁵⁰⁸.

166. La présente analyse visera donc à appréhender l'identification périlleuse de ce qu'est un principe *juridique*, entendu au sens d'un principe non seulement utilisé par le droit mais surtout comme produisant des effets juridiques normatifs. Dans cette hypothèse, « *les questions de la juridicité et de la normativité [vont donc] se confondre [...puisque...] la portée normative est alors posée comme inhérente aux énoncés juridiques* »⁵⁰⁹ (§. 1).

167. Cela étant, la question de la juridicisation⁵¹⁰ du principe de subsidiarité est loin d'emporter l'unanimité même chez des spécialistes de la thématique, telle que le Professeur Chantal DELSOL, qui l'identifie parfois comme un « *principe normatif* »⁵¹¹ et considère d'autres fois « *qu'il s'agit plutôt d'un principe et non d'une norme* »⁵¹². Ainsi se pose – ou se repose – la question de la juridicité du principe de subsidiarité, de « *quelle autorité on peut lui accorder, si on peut le considérer comme obligatoire ou non* »⁵¹³. Partant, les critères qui préfigurent la normativité d'un principe devront être recherchés puis appliqués au cas de la

⁵⁰⁷ F. MODERNE, « Les principes : permanence et nouveauté », *RFDA*, 1999, p. 724.

⁵⁰⁸ M. SCHMITT, *Autonomie collective des partenaires sociaux et principe de subsidiarité dans l'ordre juridique communautaire*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2009, p. 67 (souligné par nous).

⁵⁰⁹ J. CHEVALLIER, « Présentation », *CCC*, n°21 (Dossier : la normativité), 2007, disponible sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-21/presentation-par-jacques-chevallier.50549.html>.

⁵¹⁰ La juridicisation est normalement entendue comme « *l'insertion dans le droit positif* », F. MODERNE, « Les principes : permanence et nouveauté », *op. cit.*, p. 724. Elle sera toutefois comprise, en l'espèce, comme la transformation en un principe matériellement juridique. Voir *infra* A-, pour distinguer entre la conception matérielle ou formelle d'un principe juridique.

⁵¹¹ C. DELSOL, *L'Etat subsidiaire : ingérence et non-ingérence de l'Etat : le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*, Editions du Cerf, 2015, p. 12.

⁵¹² *Ibid.*, p. 217.

⁵¹³ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, « Les colonnes d'hermès : à propos des directives d'interprétation en droit », in P. AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, Bruylant, 1995, p. 141.

subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne afin d'évaluer sa potentielle valeur juridique (§. 2).

§1- L'assimilation délibérée des notions de juridicité et normativité

168. Pour certains auteurs, la question de la juridicité d'une norme ne se pose plus qu'en termes d'appartenance de celle-ci à un système juridique⁵¹⁴. En ce sens, toute norme faisant partie intégrante du droit positif produirait donc, *de facto*, des effets juridiques. Dans cette hypothèse, l'interrogation portant sur la juridicité du principe de subsidiarité serait alors dénuée de toute pertinence dans la mesure où il a été consacré par la jurisprudence et se voit ainsi rattaché au système juridique européen. Toutefois, réduire la nature juridique d'une norme ou d'un principe à sa seule intégration à un ordre juridique, nous semble relever d'une vision réductrice devant donc être dépassée.

169. En effet, les principes dits juridiques, parce que rattachés à la sphère juridique⁵¹⁵, doivent pouvoir être distingués des principes qualifiés de juridiques, parce que produisant des effets juridiques contraignants. En ce sens, tous principes utilisés par le droit ne seraient donc pas nécessairement normatifs, à l'exemple des « *principes de la morale, de la politique ou des mœurs [qui] peuvent être appelés principes juridiques seulement dans la mesure où ils influencent la création de la norme juridique [...]. [Néanmoins], les appeler principes "juridiques" ne signifie pas qu'ils sont du droit, qu'ils ont le caractère de droit* »⁵¹⁶. Conformément au modèle défini par les Professeurs François OST et Michel VAN DE KERCHOVE⁵¹⁷ mettant en lumière deux approches pour déterminer l'autorité d'une directive – une approche formelle qui dépend de la source de la directive⁵¹⁸ et une approche

⁵¹⁴ D. DE BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Édition Odile Jacobs, 1997, p. 243. Voir également S. CAUDAL, « Propos introductifs », in S. CAUDAL (dir.), *Les principes en droit*, Economica, 2008, p. 6.

⁵¹⁵ Voir, en ce sens, H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, PUF, 1996, p. 154.

⁵¹⁶ *Ibid.*, p. 153.

⁵¹⁷ Les propos qui vont suivre sont empruntés à F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, « Les colonnes d'Hermès : à propos des directives d'interprétation en Droit », in P. AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, Bruylant, 1995, p. 142 et suiv.

⁵¹⁸ *Ibid.*, p. 141. Voir également J. BARROCHE, « La subsidiarité française existe-t-elle ? », *op. cit.*, qui explique que « *les mots n'ont pas le même statut selon qu'ils figurent dans un texte juridique, dans une décision juridictionnelle ou dans un ouvrage scientifique* ».

matérielle⁵¹⁹ qui met l'accent sur le contenu de la directive – nous nous proposons d'identifier une double conception de la notion de juridicité. Une conception formelle de la juridicité, ainsi appréciée au regard de la seule appartenance du principe à un ordre juridique, mais qui sera évincée. Une conception matérielle de la juridicité, alors appréciée à l'aune du contenu normatif du principe considéré, et qui sera en l'espèce privilégiée. Cette approche matérielle de la juridicité rejoint d'ailleurs les écrits du philosophe Hans KELSEN⁵²⁰ qui confirme que le critère déterminant la nature juridique d'une norme (ou principe) n'est autre que l'acte de contraintes spécifiques qui en découle.

170. Par conséquent, la dimension ou portée normative d'un principe sera posée comme le critère de la juridicité⁵²¹... d'où l'assimilation des notions de juridicité et de normativité⁵²². A la réponse de Josef ESSER, concernant le moment où les principes peuvent être désormais considérés comme juridiques, Hans KELSEN répond donc : « *lorsqu'ils ont été incarnés institutionnellement par des actes (créant du droit) de la législation, de la jurisprudence ou de la vie juridique* »⁵²³.

171. Ainsi, ce n'est pas parce que la subsidiarité a été identifiée comme un principe en droit européen qu'elle est forcément un principe juridique produisant des effets contraignants puisqu'il n'existe pas, selon nous, de lien direct de causalité entre l'intégration d'un principe à la sphère juridique et sa production d'effets normatifs. En effet, « *la normativité [n'est] pas un simple attribut inhérent à tout énoncé juridique : elle implique encore l'existence d'un certain rapport entre ces énoncés et leurs destinataires ; comportant un élément d'obligation, elle suppose que ceux-ci orientent leurs comportements conformément aux prescriptions des textes* »⁵²⁴. Tout énoncé formellement juridique ne serait donc pas forcément normatif tandis que le critère de la normativité serait, quant à lui, le propre de tout principe matériellement

⁵¹⁹ *Ibid.*, p. 143 ainsi que M. VAN DE KERCHOVE, « Jurisprudence et rationalité juridique », *ADP*, t. 30, 1985, p. 273.

⁵²⁰ Les propos qui vont suivre sont essentiellement empruntés à H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, PUF, 1996, spécialement Chapitre 28, p. 151 et suiv.

⁵²¹ Voir, en ce sens, J. CHEVALLIER, « Présentation », *op. cit.* L'auteur affirme qu'« *il s'agira dès lors de faire le départ dans les textes entre les dispositions de type normatif et les autres, qui ne répondent pas au critère de la juridicité* » (souligné par nous).

⁵²² En effet, « *la normativité désigne l'aptitude d'une règle à produire des effets normatifs* ». Voir F. PICOD, « La normativité du droit communautaire », *CCC*, n°21 (dossier : La normativité), 2007, p. 1, disponible sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-21/la-normativite-du-droit-communautaire.50560.html>.

⁵²³ J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatsrechts*, Tübingen, 1956, p. 132, cité par H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, PUF, 1996, p. 154, (souligné par nous).

⁵²⁴ J. CHEVALLIER, « Présentation », *op. cit.*

juridique. En ce sens, les notions de normativité et juridicité ne sont donc pas, par nature, synonymes mais peuvent être présentement assimilées dans la mesure où, pour apprécier la juridicité (telle que définie en l'espèce) du principe de subsidiarité, il conviendra nécessairement d'en évaluer sa normativité.

§2- L'identification et l'application des critères de la normativité au principe de subsidiarité

172. Parce que la normativité se présente comme la condition déterminant la nature juridique d'un principe, il conviendra à présent de définir ses critères de définition afin de les appliquer au principe de subsidiarité et d'ainsi évaluer sa potentielle juridicité. Une logique similaire à celle proposée dans une thèse de doctorat sur le principe de subsidiarité en droit communautaire⁵²⁵ pourra alors être adoptée. Dans le cadre de l'analyse de la nature du principe de subsidiarité, l'auteur s'appuie sur les trois critères de la normativité posés par Hans KELSEN dans son ouvrage *Théorie pure du droit*⁵²⁶ et selon lesquels une norme doit exprimer un « devoir être »⁵²⁷, être valide, légitime et efficace⁵²⁸, pour qu'en dernier lieu son non-respect puisse être sanctionné⁵²⁹.

173. Néanmoins, les difficultés de qualification de tels effets normatifs sont réelles et tout comme « *la distinction entre dispositions normatives et non normatives est délicate à effectuer en pratique [...] et risque dès lors de comporter une large part d'appréciation subjective* »⁵³⁰, celle d'une identification des critères de la normativité appelle une appréciation tout aussi personnelle. Ainsi, sera évincé le critère de la validité de la norme qui nous semble peu pertinent dans la mesure où il tend à rejoindre une conception formelle – précédemment écartée – de la normativité. En effet, la norme est considérée valide si elle « *a été posée conformément à une autre norme (sous-entendu: valide). [En ce sens], une norme*

⁵²⁵ F. THOMA, *Le principe de subsidiarité en droit communautaire*, Centre universitaire de Luxembourg, 1998, p. 36 et suiv.

⁵²⁶ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, LGDJ, Bruylant, 1999.

⁵²⁷ Voir, en ce sens, H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 12 et suiv. Voir également D. ROUSSEAU, « Contradictions sociales et densification normative », in C. THIBIERGE (dir.), *La densification normative : découverte d'un processus*, Mare & Martin, 2013, p. 39, qui explique sur ce point que le passage de l'être au devoir être est inéluctable « *puisque avant que quelque chose devienne une norme, il est de l'ordre de l'histoire, de l'ordre du social ; c'est une revendication, un besoin, une aspiration* ».

⁵²⁸ Voir en ce sens, H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 18 et suiv.

⁵²⁹ *Ibid.*, p. 23 et suiv.

⁵³⁰ J. CHEVALLIER, « Présentation », *op. cit.*

est juridique lorsque cette qualité lui est conférée par une autre norme du système »⁵³¹. Par ailleurs, l'analyse de la normativité du principe de subsidiarité portera sur le contenu du principe dès lors que, d'un point de vue formel, il sera bientôt inscrit dans le préambule de la Convention⁵³² et constituera, en ce sens, une norme naturellement valide.

174. Ainsi, les critères de l'impérativité (A) et de la garantie du respect de la norme (B) semblent donc être les deux caractéristiques principales et déterminantes de la conception traditionnelle de la normativité⁵³³.

A- Le critère de l'impérativité de la norme

175. Malgré la diversité des conceptions, un « dénominateur commun [aux] définitions de la norme juridique proposées par la doctrine »⁵³⁴ semble pouvoir être trouvé dans « sa vocation à prescrire ou à interdire certains comportements »⁵³⁵. En effet, le mot norme exprime « l'idée que quelque chose doit être ou se produire, en particulier qu'un homme doit se conduire d'une certaine façon ; [...] elle vise à provoquer la conduite d'autrui »⁵³⁶. En ce sens, le caractère impératif ou obligatoire d'une règle ou d'un principe constituerait la condition essentielle de sa normativité⁵³⁷. Or, si la subsidiarité en droit de l'Union européenne est incontestablement « un principe juridique, une règle de droit, et non

⁵³¹ E. MILLARD, « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », CCC, n°21 (Dossier : La normativité), janvier 2007, p. 4, disponible sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-50552.pdf>.

⁵³² Pour plus de détails, voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

⁵³³ La conception proposée par Hans KELSEN rejoint notamment celle de Fabrice PICOD qui apprécie la question de la normativité au regard d'une part, de l'aptitude à créer des droits et obligations et d'autre part, de l'existence d'un système de contrôle permettant d'établir un régime de sanctions. Voir F. PICOD, « La normativité du droit communautaire », *op. cit.*, p. 1.

⁵³⁴ F. PICOD, « La normativité du droit communautaire », *op. cit.*

⁵³⁵ *Ibid.* Voir également J. CHEVALLIER, « Présentation », *op. cit.*, qui explique que « dès l'instant où cette "portée normative" ne peut être évaluée qu'au regard du critère d' "impérativité", la démarche conduit ainsi, non seulement à rejeter hors du champ du droit les énoncés constatifs ou descriptifs, mais encore à établir une démarcation tranchée entre la normativité juridique et d'autres systèmes de normes, telles les normes techniques qui reposent sur le consentement des intéressés » (souligné par nous).

⁵³⁶ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, LGDJ, Bruylant, 1999, p. 13.

⁵³⁷ Voir, en ce sens, J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 5^{ème} édition, 2012, p. 44 et suiv. ; P. AMSELEK, « Sondage. Réponses de chercheurs à la question : Selon vous, que signifie le terme normativité ? », in C. THIBIERGE (dir.), *La densification normative : découverte d'un processus*, Mare & Martin, 2013, pp. 1163- 1170 ; F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Dalloz, Précis, 10^{ème} édition, 2015, pp. 16 et 17 ; H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits objectifs*, Dalloz, réédition, 2002, p. 13. Pour un avis contraire, voir par exemple, F. BRUNET, *La normativité en droit*, Mare & Martin, 2012, p. 226 et suiv.

pas un principe simplement politique ou programmatique »⁵³⁸, la subsidiarité en droit constitutionnel français paraît être un exemple judicieux pour illustrer l'absence de dimension prescriptive d'un principe (1). Cela nous permettra, ensuite, de démontrer toute la variabilité et l'inconstance de l'impérativité du principe de subsidiarité en droit européen (2).

1- La subsidiarité en droit constitutionnel comme exemple de principe dépourvu d'impérativité

176. Le principe de subsidiarité en droit constitutionnel est posé à l'article 72 alinéa 2 de la Constitution en ces termes : « *les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon* »⁵³⁹. Or, deux éléments peuvent nous conduire à envisager le principe de subsidiarité comme ne contenant pas une obligation, une prescription juridique.

Tout d'abord, comment apprécier la formule « *les collectivités territoriales ont vocation à* » si ce n'est comme une simple orientation, comme un objectif à suivre ainsi donc dénué de tout caractère prescriptif⁵⁴⁰... Le dossier intitulé « Le principe de subsidiarité dans la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 », présenté conjointement à la décision n° 2005-516 DC du 07 juillet, précise d'ailleurs que « *l'usage des termes "ont vocation à" [...] n'introduisent aucune obligation pour l'Etat* »⁵⁴¹. Ainsi, l'article 72 alinéa 2 de la Constitution fait de la subsidiarité, non pas une obligation juridique, mais un simple objectif à valeur constitutionnelle dont le rôle est de tracer « *une ligne de partage, dans le domaine administratif, entre l'action des services de l'Etat et celles des collectivités territoriales* »⁵⁴².

Ce qui nous conduit au deuxième élément, à savoir le critère du « mieux », qui confirme l'absence d'obligatorité dans la mesure où cet objectif est « *formulé de manière pour le moins indéterminé ("le mieux")* »⁵⁴³. Dans la décision du 7 juillet 2005 portant sur la loi de

⁵³⁸ F. DE QUADROS, *Droit de l'union européenne : Droit constitutionnel et administratif de l'Union européenne*, Bruylant, 2008, p. 172 (souligné par nous).

⁵³⁹ Article 72 alinéa 2 de la Constitution française du 4 octobre 1958, après révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 (souligné par nous).

⁵⁴⁰ Dans un tout autre domaine – celui des lois de programmation – le Conseil d'Etat considère également que, dans la mesure où cette catégorie de loi se borne « *à fixer des objectifs à l'action de l'Etat* », ces dernières sont donc « *dépourvues de portée normative* ». Voir, en ce sens, CE, 18 juillet 2011, *Fédération nationale des chasseurs et autres*, req. n° 340512, considérant 5, Rec. Lebon, p. 368.

⁵⁴¹ Dossier intitulé « Le principe de subsidiarité dans la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 », p. 4, attaché à la décision n°2005-516 DC du 07 juillet 2005 *Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique*, Rec. p. 102.

⁵⁴² *Ibid.*

⁵⁴³ J. BARROCHE, « La subsidiarité française existe-t-elle ? », *op. cit.*, p. 7.

programme fixant les orientations de la politique énergétique⁵⁴⁴, le Conseil constitutionnel est venu préciser l'interprétation de l'article 72 alinéa 2 de la Constitution et confirmer que le principe de subsidiarité est pourvu d'un caractère très peu contraignant. En effet, le Conseil considère « *qu'il résulte de la généralité des termes retenus par le constituant que le choix du législateur d'attribuer une compétence à l'Etat plutôt qu'à une collectivité territoriale ne pourrait être remis en cause, sur le fondement de cette disposition, que s'il était manifeste qu'en égard à ses caractéristiques et aux intérêts concernés, cette compétence pouvait être mieux exercée par une collectivité territoriale* »⁵⁴⁵. En ce sens, l'extrême généralité des termes offre au législateur une latitude manifeste et très peu contraignante à son égard.

177. Par conséquent, la subsidiarité en droit constitutionnel serait davantage « *un slogan politique [qu'] un principe juridique. [...] Hisser la subsidiarité au rang de principe juridique supposerait d'en définir rigoureusement les propriétés* »⁵⁴⁶... ce qui n'est visiblement pas encore le cas. Ainsi, qu'en est-il de l'autorité de la subsidiarité en droit de la Convention européenne ? Doit-on la considérer comme obligatoire ou non ?

2- L'inconstante impérativité de la subsidiarité en droit européen

178. Si l'impérativité de la subsidiarité apparaît inconstante en droit européen, c'est en raison de la dichotomie du principe, de sa double dimension. En effet, si l'impérativité de la subsidiarité procédurale est *a priori* évidente (a), elle est manifestement contestable concernant la subsidiarité substantielle (b).

a- L'évidente impérativité de la subsidiarité procédurale

179. La dimension procédurale de la subsidiarité, principalement traduite par la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes, est de toute évidence porteuse de prescriptions juridiques s'imposant tant aux juges qu'aux justiciables. En effet, il s'agit tout d'abord d'une règle de recevabilité dont le contenu est clairement formulé par la Convention⁵⁴⁷ et précisé par la jurisprudence⁵⁴⁸. Parce qu'elle conditionne, ensuite, la saisine

⁵⁴⁴ CC, 07 juillet 2005, *Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique*, *op. cit.*

⁵⁴⁵ *Ibid.*

⁵⁴⁶ J. BARROCHE, « La subsidiarité française existe-t-elle ? », *op. cit.*, p. 7.

⁵⁴⁷ Article 35 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

du juge européen et recèle donc le risque d'une probable irrecevabilité de la requête en cas de son non-respect, elle s'impose telle une règle impérative et obligatoire. Ainsi et dans la mesure où les principes normatifs sont ceux qui « *ordonnent les comportements sociaux dans un système juridique déterminé* »⁵⁴⁹, la subsidiarité procédurale peut être analysée comme une règle impérative qui prescrit au justiciable un comportement particulier ne pouvant être contourné.

180. Il en va différemment, s'agissant de la subsidiarité substantielle, qui crée donc le doute quant à l'impérativité du principe de subsidiarité tel qu'envisagé dans sa globalité.

b- La contestable impérativité de la subsidiarité substantielle

181. L'origine jurisprudentielle de la subsidiarité substantielle pose d'emblée un double problème tenant d'une part, à l'absence d'énoncé conventionnel ou de définition jurisprudentielle précise et d'autre part, à la variabilité des formules employées par la Cour. Dans cette hypothèse, l'éventuelle normativité du principe tiendrait « *à la signification prescriptive reconnue à un énoncé dans un contexte donné* »⁵⁵⁰ et varierait, donc, selon l'affaire et l'expression utilisée. A la lecture de l'arrêt *Handyside* contre Royaume-Uni du 7 décembre 1976, la subsidiarité est par exemple exprimée en ces termes : « *grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences* »⁵⁵¹. En découle donc une exigence de retenue judiciaire s'imposant au juge international mais qui – une fois encore – est susceptible de voir son caractère impératif contesté, en raison de la double relativisation introduite par l'expression « en principe » (qui suppose donc l'existence d'exceptions) d'une part et par le critère du « mieux » d'autre part.

182. Néanmoins, le caractère impératif de la subsidiarité substantielle peut être parfois plus apparent lorsque la Cour offre une appréciation quelque peu détaillée des exigences qui

⁵⁴⁸ Voir notamment Cour EDH, 18 juin 1971, *De Wilde, Ooms et Versyp ("vagabondage") c. Belgique*, req. n°2832/66, série A n°12, § 60 ; *GACEDH*, n°20 ; Cour EDH, Gde ch., 16 septembre 1996, *Akdivar et autres c. Turquie*, req. n°21893/93, Rec. 1996-IV ; *GACEDH*, n°73 ; *JDI*, 1997, 239, obs. E. DECAUX ; *RTDH*, 1998, pp. 27-35, note P. LEGROS et P. COENRAETS ; *GACEDH*, n°73 ; Cour EDH, 16 juillet 1971, *Ringeisen c. Autriche*, req. n°2614/65, § 89, série A, n°13 ; *RGDIP*, 1972, p. 110, note C. VALLEE ; Com. EDH, déc., 10 mars 1977, *Guzzardi c. Italie*, req. n°7367/76, D.R. 8, p. 185.

⁵⁴⁹ F. MODERNE, « Les principes : permanence et nouveauté », *RFDA*, 1999, p. 724.

⁵⁵⁰ F. LEURQUIN-DE VISSCHER, « Existe-t-il un principe de subsidiarité ? », in F. DELPEREE (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruylant, 2002, p. 33.

⁵⁵¹ Cour EDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, req. n°5493/72, série A, n°24, § 48 (souligné par nous) ; *GACEDH*, n°7.

en découlent. Elle précise, par exemple, qu'« *il incombe en premier lieu aux autorités judiciaires nationales de veiller à ce que, dans une affaire donnée, la détention provisoire subie par un accusé n'excède pas une durée raisonnable* »⁵⁵² ou bien, tout simplement, qu'il leur revient, en premier chef, « *d'interpréter et d'appliquer le droit interne* »⁵⁵³. Toutefois et même dans des hypothèses où le juge tente de définir plus rigoureusement les propriétés de la subsidiarité substantielle – à l'exemple de l'affaire *El-Masri contre L'ex-République yougoslave de Macédoine*, où il indique que « *conformément au principe de subsidiarité, [...] il est préférable que l'instruction des affaires et la résolution des questions qu'elles soulèvent s'effectuent, dans la mesure du possible, au niveau national* »⁵⁵⁴ – le caractère obligatoire peut être mis en doute puisqu'il n'est seulement que « *préférable* » de ...

183. Par conséquent, le caractère impératif du principe ne peut faire l'objet d'une réponse univoque tant il semble variable et partagé entre les deux aspects de la subsidiarité. Affirmer que le principe pose ou impose une stricte obligation juridique à charge des Etats et de la Cour serait excessif, lui dénier toute force ou impact sur le juge international et les autorités nationales serait inexact. Face à cette impasse, la thèse de François BRUNET sur la normativité en droit⁵⁵⁵ ou les recherches dirigées par le Professeur Catherine THIBIERGE offrent une vision plus moderne – et sûrement plus adaptée aux évolutions du droit⁵⁵⁶ – du phénomène de la normativité, non plus appréhendé selon un système du « *tout-ou-rien* »⁵⁵⁷ mais selon « *une échelle de normativité, une normativité graduée* »⁵⁵⁸. L'obligatorité de la norme apparaît en effet susceptible de gradation puisque l'impérativité n'est nullement

⁵⁵² Formule générique notamment employée dans Cour EDH, Gde ch., 22 mai 2012, *Idalov c. Russie*, req. n°5826/03, § 141.

⁵⁵³ Formule générique notamment employée dans Cour EDH, 14 janvier 2014, *Sâncrăian c. Roumanie*, req. n°71723/10, § 63.

⁵⁵⁴ Cour EDH, Gde ch., 13 décembre 2012, *El-Masri c. « L'ex-République yougoslave de Macédoine »*, req. n°39630/09, Rec. 2012, § 141 ; *JDI*, 2013, n°4, pp. 1271-1275, note E. DECAUX ; *JCP G.*, 2013, n°3, p. 85, comm. G. GONZALEZ.

⁵⁵⁵ F. BRUNET, *La normativité en droit*, Mare & Martin, 2012, p. 236 et suiv.

⁵⁵⁶ Le Professeur Jean-Louis BERGEL souligne d'ailleurs, dans la préface de l'impressionnant ouvrage *La densification normative*, combien la normativité est évolutive et contingente : « *la normativité, faite de la fusion de normes sociales abstraites ou concrètes exprimant ce qui doit être ou ne pas être, est manifestement en perpétuelle évolution, mais paraît issue de forces créatrices matérielles, que secrète toute société et qui peuvent émerger ou disparaître à tout moment du tissu social* », voir J.-L. BERGEL, « Préface », in C. THIBIERGE (dir.), *La densification normative : découverte d'un processus*, Mare & Martin, 2013, p. 17.

⁵⁵⁷ R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, 1995, p. 82.

⁵⁵⁸ J. CHEVALLIER, « Avant-propos », in C. THIBIERGE (dir.), *La densification normative : découverte d'un processus*, op. cit., p. 6. Pour un avis contraire, voir P. AMSELEK, « Sondage. Réponses de chercheurs à la question : Selon vous, que signifie le terme normativité ? », in C. THIBIERGE (dir.), *La densification normative : découverte d'un processus*, op. cit., p. 1163, l'auteur affirme que « *le normatif n'est pas susceptible de plus ou de moins ; un contenu de pensée est norme [...] ou n'est pas norme* ».

uniforme⁵⁵⁹, au point qu'il existerait des normes incitatives qui, malgré leur caractère non impératif, ne seraient toutefois pas dépourvues de toute normativité⁵⁶⁰. Mettant en lumière la dialectique qui existe entre le caractère impératif et persuasif de la norme⁵⁶¹, l'auteur affirme que l'impérativité n'est finalement plus Le critère de définition de la normativité⁵⁶². Selon une conception contemporaine de cette dernière, l'impérativité ne serait en effet plus ce qui explique la normativité, à l'inverse de « *la valeur reconnue à tel ou tel instrument* »⁵⁶³. Il souligne par ailleurs l'atout principal de la normativité dite persuasive – et non plus impérative – qui présente l'avantage d'être « *plus agissante en droit qu'elle n'est précisément pas imposée* »⁵⁶⁴. Dans le même sens, les travaux dirigés par le Professeur Catherine THIBIERGE démontrent que les normes ne doivent plus être perçues comme un ensemble homogène mais dotées d'une puissance normative variable⁵⁶⁵. Par « force normative », il faut comprendre « *les manifestations multiples de la force des normes. Non seulement des normes juridiques obligatoires et contraignantes, mais aussi des normes juridiques qui, sans être dotées d'une force juridique ab initio, n'en sont pas moins revêtues d'une certaine force, au sens d'une capacité à fournir référence, c'est-à-dire à modeler les comportements, à réguler l'action, à guider l'interprétation des juges, à orienter la création du droit par le législateur, voire à inspirer la pensée de la doctrine* »⁵⁶⁶. Découle de cette approche, une distinction entre le concept de force obligatoire qui s'apprécie au regard du caractère contraignant du principe – et qui ne semble pas correspondre aux propriétés du principe de subsidiarité – et celui de force normative⁵⁶⁷ alors formé de trois composantes : la valeur normative ou « *la force*

⁵⁵⁹ F. BRUNET, *La normativité en droit*, op. cit., p. 243.

⁵⁶⁰ *Ibid.*, p. 245.

⁵⁶¹ *Ibid.*, p. 252.

⁵⁶² *Ibid.*, p. 237.

⁵⁶³ *Ibid.*, p. 247.

⁵⁶⁴ *Ibid.*, p. 256.

⁵⁶⁵ J. CHEVALLIER, « Avant-propos », op. cit., p. 6. Voir également du même auteur : « Présentation », op. cit., p. 2. L'auteur y explique que « *l'idée de contrainte ne permet pas de rendre compte de l'inflexion de la normativité juridique dans les sociétés contemporaines : on voit en effet proliférer, à côté des commandements juridiques traditionnels, des techniques plus souples, relevant de ce que Paul AMSELEK appelait dès 1982 une "direction juridique non autoritaire des conduites"; les textes indiquent des "objectifs", qu'il serait souhaitable d'atteindre, fixent des "directives", qu'il serait opportun de suivre, formulent des "recommandations", qu'il serait bon de respecter, mais sans pour autant leur donner force obligatoire* ».

⁵⁶⁶ C. THIBIERGE, « Conclusion. Le concept de force normative », in C. THIBIERGE (dir.), *La force normative : naissance d'un concept*, Bruylant, LGDJ, 2009, pp. 817-818.

⁵⁶⁷ Le concept de force normative semble pouvoir être rapproché de celui de « *densification normative* » à la différence que la densification incarne davantage un processus qu'un concept. Voir notamment J. CHEVALLIER, « Avant-propos », in C. THIBIERGE (dir.), *La densification normative : découverte d'un processus*, Mare & Martin, 2013, p. 5.

conférée à la norme par son émetteur »⁵⁶⁸, la portée normative, c'est-à-dire « les effets de la norme [...] son effectivité sur le terrain »⁵⁶⁹ et enfin la garantie normative, c'est-à-dire « la garantie du respect de cette norme par le système juridique, [...] la réaction potentielle et/ou effective du système juridique afin d'assurer le respect de la norme juridique »⁵⁷⁰.

184. Si cette conception semble davantage rendre compte des potentialités de la subsidiarité substantielle, elle ne permet pas de résoudre avec certitude la question d'une indétermination de la « force normative » du principe et ce, bien qu'il soit indéniable que ce dernier influence l'action du juge européen, constituant en ce sens une référence dans l'exercice de son contrôle⁵⁷¹. En effet, si la « valeur normative » de la subsidiarité substantielle peut être supposée dans la mesure où elle a été consacrée par la Cour comme un principe fondamental influençant les évolutions du droit européen, sa « portée normative » est toutefois à tempérer au regard de l'effectivité limitée du principe souvent instrumentalisé par le juge strasbourgeois⁵⁷². Enfin, concernant l'exigence de « garantie normative », l'analyse du critère de la sanction du non-respect du principe, de la justiciabilité de la subsidiarité, ne permettra pas non plus d'aboutir à une réponse univoque.

B- Le critère de la sanction du non-respect de la norme

185. Le critère de la sanction du non-respect de la norme apparaît comme la conséquence de son existence dans l'ordre juridique en tant que norme. Pourvu d'un caractère prescriptif, il est en effet naturel que le non-respect de l'obligation juridique qui en découle puisse être sanctionné⁵⁷³. Une majorité de la doctrine⁵⁷⁴ s'accorde ainsi à considérer que le

⁵⁶⁸ C. THIBIERGE, « Conclusion. Le concept de force normative », *op. cit.*, p. 822.

⁵⁶⁹ *Ibid.*

⁵⁷⁰ *Ibid.*, pp. 823 et 826.

⁵⁷¹ Voir, en ce sens, C. GROULIER, « La normativité des lois de programmation au prisme de la QPC. A propos de CE, 18 juill. 2011, n°340512, Fédération nationale des chasseurs, Fédération départementale des chasseurs de la Meuse », *AJDA*, 2012, p. 1047 et suiv. En effet, l'auteur considère, à contre-courant de la jurisprudence administrative et constitutionnelle, que les lois de programmation sont dotées d'une « dimension normative » au sens où « elles constituent des références pour l'action des pouvoirs publics ».

⁵⁷² Pour plus de détails, voir *infra*, Partie 2, Titre 1 spécifiquement.

⁵⁷³ E. MILLARD, « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », *CCC*, n°21 (Dossier : La normativité), 2007, p. 4, disponible sur :

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-50552.pdf>.

⁵⁷⁴ Voir, entre autres, L. AULAGNON, « Aperçu sur la force dans la règle du droit », in *Mélanges en l'Honneur de P. ROUBIER*, Dalloz, Sirey, 1961, tome 1, p. 29 ; J. BRETHER DE LA GRESSAYE et LABORDE-LACOSTE, *Introduction générale à l'étude du droit*, Sirey, 1947, p. 4 et R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Sirey, 1920, réédition CNRS, 1962, p. 57.

critère de la sanction est une des conditions centrales du caractère juridique et normatif d'une règle ou principe, et renvoie à l'exigence de justiciabilité de la norme dont la notion « *désigne tant la capacité intrinsèque du droit à être garanti par un juge que la possibilité formelle qu'il existe un juge pour en connaître* »⁵⁷⁵. Ainsi et pour exemple, le Professeur Prosper WEIL explique que la remise en cause de la normativité du droit international s'explique essentiellement en raison de « *la criante insuffisance des mécanismes de sanction* »⁵⁷⁶.

186. Néanmoins, la pertinence de ce critère n'emporte pas l'unanimité, sa nécessité étant en effet contestée⁵⁷⁷. Le Professeur Denis DE BECHILLON, par exemple, considère que « *la sanction juridictionnelle ne peut fonder de manière générale la juridicité des normes mais en revanche, elle signale sans l'ombre d'un doute la présence de cette juridicité* »⁵⁷⁸. Par conséquent, et même si l'importance de ce critère est à relativiser, la très faible justiciabilité du principe de subsidiarité en droit de la Convention européenne (2) – et par comparaison avec celle de la subsidiarité en droit de l'Union européenne (1) – devra être appréciée comme confirmant son incertaine juridicité.

1- L'exemple de la justiciabilité de la subsidiarité en droit de l'Union européenne

187. Ainsi se pose l'éternel débat de la justiciabilité du principe de subsidiarité et de sa sanction par la juge de l'Union⁵⁷⁹. Or, deux éléments s'avèrent déterminants dans l'appréciation de cette question.

188. D'une part, les caractéristiques intrinsèques du principe doivent être suffisamment précises et prévisibles pour lui permettre d'être un principe contrôlable, « *les*

⁵⁷⁵ C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux : Etudes de droit conventionnel européen*, Bruylant, coll. Droit de la convention européenne des droits de l'homme, 2012, p. 21.

⁵⁷⁶ P. WEIL, « Vers une normativité relative du droit international », (déjà publié : *RGDIP*, 1982, p. 5) in *Ecrits de droit international*, PUF, 2000, p. 22. Voir également du même auteur, « Le droit international en quête de son identité », *RCADI*, vol. 237, 1992- VI, p. 203 et suiv.

⁵⁷⁷ Voir, entre autres, F. PICOD, « La normativité du droit communautaire », *CCC*, n°21 (dossier : La normativité), 2007, p. 2, disponible sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-21/la-normativite-du-droit-communautaire.50560.html> ; M. WATHELET, « Propos liminaires », in F. DELPEREE (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruylant, 2002, p. 19.

⁵⁷⁸ D. DE BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Édition Odile Jacobs, 1997, p. 244. L'auteur explique que la thèse « *selon laquelle c'est la sanction ou même la "sanctionnabilité" de la règle qui détermine son caractère juridique* » serait mal fondée dans la mesure où cela « *revient à poser que l'effectivité de ladite règle conditionne directement sa juridicité* ». Or, et toujours selon l'auteur, un principe en droit ne cesserait pas d'être juridique du seul fait de son irrespect. Pour plus de détails sur cette question, voir D. DE BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, op. cit., p. 61 et suiv.

⁵⁷⁹ Voir, entre autres, R. DEHOUSSE, « La subsidiarité et ses limites », *Annuaire européen*, 1992, n°40, pp. 27-46 et A. TOTH, « Is subsidiarity Justiciable ? », *European Law Review*, 1994, n°19, pp. 268-285.

critères de clarté, de précision et d'inconditionnalité appliqués par la Cour [et] parfois qualifiés de critères de justiciabilité, constitu[ant, à ce titre] des critères de normativité »⁵⁸⁰.

Ce premier aspect de la justiciabilité rejoint pour l'essentiel le précédent critère de la normativité, à savoir celui de l'impérativité du principe, qui supposait une certaine précision et autosuffisance à prescrire un comportement déterminé. Par conséquent, il ne sera pas nécessaire de revenir sur cette question puisque la doctrine s'accorde à dire que la subsidiarité communautaire est « *un principe juridique, une règle de droit, et non pas un principe simplement politique ou programmatique* »⁵⁸¹. Nous supposons donc que « *le principe de subsidiarité peut être érigé en orientation juridiquement contraignante* »⁵⁸² et se voir doté « *d'une force juridique [depuis son] inclusion dans les traités* »⁵⁸³ afin de se concentrer sur l'analyse du second élément.

189. D'autre part, les procédures offertes par le système juridique ainsi que l'office du juge concerné doivent offrir la garantie du principe. A ce titre, deux types de contrôle peuvent alors être identifiés au sein de l'Union européenne : un contrôle politique du principe de subsidiarité exercé par les parlements nationaux des Etats membres, néanmoins peu contraignant, ainsi qu'un contrôle judiciaire exercé par la Cour de Justice de l'Union européenne plus convaincant.

Concernant le contrôle politique tout d'abord, les Parlements nationaux ont vu leur rôle de protection de la subsidiarité progressivement renforcé⁵⁸⁴. Si les différentes formes d'interventions (et non directement de contrôle) des Parlements ne sont pour l'essentiel que très peu contraignantes⁵⁸⁵, l'instauration par le traité de Lisbonne d'un mécanisme de contrôle

⁵⁸⁰ F. PICOD, « La normativité du droit communautaire », *op. cit.*, p. 2.

⁵⁸¹ F. DE QUADROS, *Droit de l'union européenne : Droit constitutionnel et administratif de l'Union européenne*, Bruylant, 2008, p. 172 (souligné par nous).

⁵⁸² F. THOMA, *Le principe de subsidiarité en droit communautaire*, Centre universitaire de Luxembourg, 1998, p. 258.

⁵⁸³ Rapport d'information n°188 (2007-2008) de M. Jean FRANÇOIS-PONCET, fait au nom de la commission des affaires étrangères, déposé au Sénat le 30 janvier 2008, p. 60, disponible sur : <http://www.senat.fr/rap/r07-188/r07-1881.pdf>.

⁵⁸⁴ Ce rôle a, tout d'abord, été initié par le traité de Maastricht et sa déclaration annexée relative aux Parlements nationaux et à la coopération interparlementaire, puis renforcé par le traité d'Amsterdam grâce à l'adoption de deux protocoles, l'un portant sur le rôle des parlements nationaux dans l'Union européenne, l'autre sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Le traité de Lisbonne va plus loin encore, d'une part, en consacrant ce rôle à l'article 12 TUE et, d'autre part, en conduisant à l'adoption d'un deuxième protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité.

⁵⁸⁵ Dans le cadre de la procédure d'adoption des actes législatifs et le renforcement de la coopération interparlementaire, les parlements nationaux se sont vu octroyer un droit d'information sur toutes propositions législatives ainsi que la possibilité d'émettre un avis motivé sur la conformité de ces propositions avec les exigences relatives au principe de subsidiarité.

préventif doit néanmoins être salué⁵⁸⁶. D'une part, la Commission devra motiver ces propositions au regard des exigences du principe de subsidiarité et d'autre part, les Parlements nationaux auront la possibilité, bien que sous certaines conditions, d'exprimer leur objection à toutes propositions jugées non conformes au principe en adressant un avis motivé à la Commission qui n'est toutefois pas formellement tenue de suivre cet avis. Par ailleurs, ce mécanisme de l'alerte précoce a été consolidé par « *un véritable droit d'opposition* »⁵⁸⁷ reconnu aux parlements nationaux qui pourront saisir à la majorité simple la Commission européenne, en vue d'un réexamen de la proposition législative relevant de la procédure législative ordinaire. Ainsi, et même si les mécanismes de contrôle politique restent dotés d'effets limités en termes de « sanctionnabilité » du non-respect de la subsidiarité, « *les parlements nationaux se voient [peu à peu] transformés en gardien de la subsidiarité* »⁵⁸⁸.

Concernant le contrôle judiciaire ensuite et à défaut de recours spécifiques, la Cour de justice peut exercer un contrôle du respect de la subsidiarité grâce à son rôle classique de gardienne de la légalité communautaire, par le biais notamment du recours en annulation ou en carence. L'arrêt Royaume-Uni contre Conseil du 12 novembre 1996⁵⁸⁹ ou plus récemment, l'arrêt Estonie contre Parlement et Conseil du 18 juin 2015⁵⁹⁰ portant sur l'annulation ou l'annulation partielle de directives et bien que ne faisant pas droit à l'argument de l'Etat membre tenant au non-respect de la subsidiarité, permettent d'illustrer cette justiciabilité. L'effectivité du contrôle et de la sanction du non-respect du principe est toutefois à nuancer. En effet, « *le contrôle juridictionnel du respect par les institutions communautaires d'un principe aux conditions ambiguës et nécessitant des appréciations complexes, s'avère délicat* »⁵⁹¹. Le caractère éminemment politique pose également problème⁵⁹² et conduit, ainsi, la Cour de justice à reconnaître « *une large marge d'appréciation à l'institution en cause [tout en] contrôlant le respect par celle-ci des limites extrêmes de ce pouvoir d'appréciation, notamment par sa censure de la mesure en cas d'erreur manifeste* »⁵⁹³. Un même constat peut être fait en droit constitutionnel où la subsidiarité, telle qu'énoncée à l'article 72 alinéa 2 de la

⁵⁸⁶ Cette exigence se retrouve, notamment, à l'article 88-6 de la Constitution française.

⁵⁸⁷ C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Litec, 5^{ème} édition, 2013, p. 469.

⁵⁸⁸ *Ibid.*, p. 454.

⁵⁸⁹ CJCE, 12 novembre 1996, *Royaume-Uni c. Conseil*, aff. C-84/94, rec. I. p. 5755, spéc. points 46 et 47.

⁵⁹⁰ CJUE, 18 juin 2015, *Estonie c. Parlement et Conseil*, aff. C-508/13, point 41 et suiv. ; *Europe*, n° 8-9, Août 2015, comm. 293, D. SIMON.

⁵⁹¹ S. MARCIALI, *La flexibilité du droit de l'Union européenne*, Bruylant, 2007, p. 87.

⁵⁹² Voir, en ce sens, le rapport n°46 de C. DE LA MALENE, *L'application du principe de subsidiarité*, Délégation du Sénat pour l'Union européenne, 1996, spéc. III- D. 2. Les limites du contrôle tenant à la nature du principe.

⁵⁹³ Cité par J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LGDJ, 6^{ème} édition, 2010, p. 678.

Constitution, offre au Conseil la possibilité de n'exercer qu'un contrôle réduit à l'erreur manifeste d'appréciation⁵⁹⁴ et ce, bien qu'il soit le seul compétent pour assurer le respect de la subsidiarité⁵⁹⁵.

190. Ainsi, la Cour de justice n'exerce qu'un contrôle formel du respect de la subsidiarité et limite l'analyse des conditions du déclenchement de l'action communautaire puisque le seul « *objectif d'harmonisation d'une action communautaire suffit à rendre les Etats inaptes à le réaliser et la plus grande efficacité de l'action communautaire découle simplement de sa dimension transnationale* »⁵⁹⁶. Malgré ce contrôle restreint, l'analyse de la jurisprudence illustre la justiciabilité progressive⁵⁹⁷ du principe de subsidiarité. Il en va différemment s'agissant du droit de la Convention européenne.

2- L'inconstante justiciabilité de la subsidiarité en droit européen

191. Le critère de la sanction du non-respect du principe de subsidiarité reçoit, en droit de la Convention européenne, un accueil plus mitigé. En effet, le contrôle du principe, tel qu'exercé par le juge de Strasbourg, se présente comme un contrôle inconstant puisque dualiste et ce, en raison de la double dimension procédurale **(a)** et substantielle **(b)** de la subsidiarité conventionnelle.

a- L'évidente justiciabilité de la subsidiarité procédurale

192. La dimension procédurale de la subsidiarité, principalement matérialisée par la condition d'épuisement préalable des voies de recours internes⁵⁹⁸, est contrôlable dans la

⁵⁹⁴ Voir notamment CC, 07 juillet 2005, *Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique*, 2005-516 DC, Rec. p. 102.

⁵⁹⁵ Voir notamment la question prioritaire de constitutionnalité du CC, 26 avril 2013, *Commune de Maing* [Retrait d'une commune membre d'un EPCI], n°2013-304 QPC où la Conseil indique au considérant 7 « *que cette disposition [deuxième alinéa de l'article 72 de la Constitution] n'institue pas un droit ou une liberté qui puisse être invoqué à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution* ».

⁵⁹⁶ S. MARCIALI, *La flexibilité du droit de l'Union européenne*, op. cit., p. 89. Pour exemples, voir CJCE, 9 octobre 2001, *Royaume des Pays-Bas c. Parlement et Conseil*, aff. C-377/98, Rec. I. p. 7079, point 32 ; CJCE, 12 juillet 2005, *Alliance for Natural Health*, aff. C-154/04, Rec. I. p. 6451, points 106 et 107.

⁵⁹⁷ Pour davantage de références jurisprudentielles concernant la mise en lumière progressive de la justiciabilité du principe de subsidiarité, se référer notamment à J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LGDJ, 6^{ème} édition, 2010, p. 679.

⁵⁹⁸ Article 35 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

mesure où il s'agit d'une règle de recevabilité dont le contenu est clairement précisé⁵⁹⁹ d'une part, et dont le respect est dûment examiné par la Cour avant toute appréciation au fond d'autre part.

Ainsi, la subsidiarité procédurale ou l'exigence selon laquelle l'Etat doit avoir été mis en position de redresser prioritairement le grief invoqué avant toute saisine du juge international, peut être considérée comme respectée, dès lors que l'ensemble des voies de recours internes ont été correctement épuisées. Dans cette hypothèse, la subsidiarité est bien un principe justiciable, le système européen permettant sa garantie grâce à la sanction d'irrecevabilité de la requête en cas de son non-respect. Il en va néanmoins différemment s'agissant de la dimension substantielle dont le contenu est bien plus évanescent.

b- La contestable justiciabilité de la subsidiarité substantielle

193. Les caractéristiques intrinsèques au principe substantiel de subsidiarité n'apparaissent pas suffisamment précises et prévisibles pour lui conférer un caractère impératif affirmé et, par là même, lui permettre d'être un principe effectivement contrôlable. En effet, l'ambiguïté est une nouvelle fois de mise dès lors que la définition même de la subsidiarité substantielle est discutable. Faut-il par exemple interpréter le droit à un recours effectif⁶⁰⁰ comme relevant forcément de la subsidiarité procédurale puisque consubstantiel à la règle de l'épuisement des voies de recours internes, ou bien également de la subsidiarité substantielle dès lors qu'il s'agit d'un droit matériel consacré de manière autonome par la Convention ? La réponse n'est évidemment pas sans incidence sur notre démonstration puisque si l'article 13 de la Convention est également considéré comme une expression de la subsidiarité substantielle, alors cette dernière est en partie justiciable dans la mesure où la Cour contrôle et sanctionne l'ineffectivité des recours nationaux⁶⁰¹ qui limite le plein exercice d'une logique subsidiaire.

194. Cela étant, la subsidiarité – en tant que principe interprétatif flou – ne voit généralement pas son irrespect sanctionné que ce soit de la part de la Cour ou des Etats membres. Parce que « *l'invocabilité d'un énoncé au contenu normatif flou* »⁶⁰² est toujours

⁵⁹⁹ Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §. 2, A, 2 et *infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

⁶⁰⁰ Consacré à l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme.

⁶⁰¹ Voir, par exemple, Cour EDH, Gde ch., 28 janvier 2014, *O'Keeffe c. Irlande*, req. n°35810/09 ; *JCP G.*, 2014, n°6, 174, obs. C. PICHERAL ; Cour EDH, Gde ch., 13 décembre 2012, *De Souza Ribeiro c. France*, req. n°22689/07 ; *JCP G.*, 2013, n°3, pp. 92-98, chron. F. SUDRE ; Cour EDH, Gde ch., 12 septembre 2012, *Nada c. Suisse*, req. n°10593/08 ; *RTDE*, 2013, n°3, pp. 515-530, note R. TINIERE.

⁶⁰² A. ROUYERE, « L'exigence de précaution saisie par le juge », *RFDA*, 2000, p. 266.

aléatoire d'autant plus lorsque cet énoncé n'est nullement consacré par les textes, les rares Etats qui invoquent l'argument de la subsidiarité substantielle pour faire valoir leur plus grande liberté, n'obtiennent donc pas un franc succès. En effet, il n'existe pas, à l'exemple du droit de l'Union européenne, de mécanisme de contrôle politique ou judiciaire du respect de ce principe, la Cour étant le seul interprète légitime de la Convention⁶⁰³. Ainsi, la subsidiarité ne peut être clairement considérée comme contrôlable lorsque appréhendée dans sa dimension matérielle.

195. Pour conclure, une double réponse doit être apportée à la question portant sur la juridicité et normativité du principe de subsidiarité. Envisagé dans sa dimension procédurale, il se dessine comme un principe juridique produisant des effets normatifs contraignants, dès lors qu'il répond tant au critère de l'impérativité qu'à celui de la « sanctionnabilité ». Envisagé dans sa dimension substantielle, il est un principe interprétatif qui – bien qu'influençant le droit de la Convention européenne – n'énonce pas d'obligation juridique et prescriptive dont le non-respect pourrait être sanctionné. En effet, un principe interprétatif *« n'a pas de caractère obligatoire [...] il n'est pas en lui-même de nature à créer des droits et obligations, il ne s'agit pas d'une prescription impérative »*⁶⁰⁴.

196. Cette dichotomie du principe transparaît, d'ailleurs, à la lecture de la doctrine française et notamment d'une étude consacrée aux principes du droit de la Convention européenne dans laquelle Jean-Paul COSTA propose une triple classification de ces principes. La première catégorie est alors composée des principes moraux, éthiques ou déontologiques⁶⁰⁵, tels que les principes d'indépendance et d'impartialité. La deuxième catégorie renvoie aux *« principes juridiques qui s'imposent aux juges »*⁶⁰⁶ soit qu'ils découlent de la lettre ou de l'esprit du texte conventionnel, soit qu'ils découlent des textes extra-conventionnels⁶⁰⁷. Enfin, la troisième catégorie se compose des principes interprétatifs, tels que le principe d'effectivité ou d'interprétation dynamique, constructive ou encore

⁶⁰³ Voir l'article 32 de la Convention européenne des droits de l'homme.

⁶⁰⁴ B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, la Documentation française, 1999, p. 239.

⁶⁰⁵ J-P. COSTA, « La Cour européenne des droits de l'homme et les principes », in S. CAUDAL (dir), *Les principes en droit*, op. cit., p. 369.

⁶⁰⁶ *Ibid.*, p. 372.

⁶⁰⁷ *Ibid.*

évolutive⁶⁰⁸. Or, face à cette classification, l'auteur qualifie sans hésitation la subsidiarité procédurale – telle qu'envisagée à l'article 35 de la Convention – de principe juridique⁶⁰⁹. Toutefois, abordant la troisième catégorie, il écrit également que les principes interprétatifs ont « *pour conséquence le développement dans certaines matières d'une marge d'appréciation laissée aux Etats qui découle à la fois du principe de subsidiarité et de certaines méthodes interprétatives* »⁶¹⁰. Ainsi, la subsidiarité serait également – en sus d'un principe juridique⁶¹¹ – un principe interprétatif.

197. Cela étant, réduire la subsidiarité procédurale à la seule exigence d'épuisement des voies de recours internes ne nous semble pas relever d'une approche purement objective et réaliste. En effet, la subsidiarité procédurale s'exprime également en aval du contrôle européen⁶¹² au travers notamment du principe du libre choix des moyens de mise en conformité avec l'arrêt de condamnation qui, au regard de son contenu normatif flou, ne peut être considéré comme une règle contrôlable et ajoute donc à l'inconstance de cette juridicité. Par conséquent, le principe de subsidiarité, tel qu'envisagé dans sa globalité, reste doté d'une positivité juridique pour le moins incertaine.

*
* *

198. Au terme de cette analyse, le principe de subsidiarité n'apparaît pas être un principe juridique incontesté. Notre choix a été d'assimiler les notions de juridicité et de normativité afin de dépasser la basique qualification formelle de principe juridique de subsidiarité, découlant du simple fait de son appartenance à l'ordre juridique européen, pour s'interroger sur sa probable qualification matérielle. Or, la subsidiarité est apparue comme un principe dont la normativité fluctue selon son champ d'application et selon la dimension (procédurale ou substantielle) dans laquelle elle est envisagée, posant ainsi un obstacle indépassable à la détermination de sa nature et juridicité globale. Pour illustrer cette problématique, une comparaison peut être opérée avec le principe du pluralisme, lui aussi

⁶⁰⁸ *Ibid.*, p. 374.

⁶⁰⁹ *Ibid.*, pp. 372 et 373.

⁶¹⁰ *Ibid.*, p. 375.

⁶¹¹ Voir également le document d'information du Comité des ministres, CM/inf(2010)40 du 10 novembre 2010 concernant le bilan des activités de la présidence sortante, tel que présenté par « l'ex-République yougoslave de Macédoine », p. 1, qui qualifie le principe de subsidiarité de « *principe juridique majeur* ».

⁶¹² Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 1.

consubstantiel à la Convention⁶¹³, et posant les mêmes difficultés. Intimement associé au principe de subsidiarité⁶¹⁴, il présente d'ailleurs des similitudes évidentes avec ce dernier. En effet, le pluralisme – qui « *n'est pas [non plus] une règle* »⁶¹⁵ mais bien « *un guide, un principe ou encore une directive* »⁶¹⁶, dès lors qu'« *il ne relève pas d'un droit absolu* »⁶¹⁷ – est néanmoins « *l'un des principes directeurs du modèle européen de société démocratique* »⁶¹⁸. « *Object de multiples acceptions, le pluralisme juridique est donc [...lui aussi...] particulièrement difficile à identifier* »⁶¹⁹. Or, à l'exemple de notre approche, lorsque les auteurs abordent la question du pluralisme juridique, cela revient à « *traiter du pluralisme dans le seul domaine du droit* »⁶²⁰ et non à s'interroger sur la réelle juridicité ou normativité de ce principe, ce qui souligne toute la difficulté d'apprécier, là encore, sa probable portée juridique.

199. Par ailleurs, lorsque « *la Cour évoque le pluralisme, c'est dans un sens moins juridique que moral* »⁶²¹. En effet, la Cour fait généralement appel au principe du pluralisme pour faire valoir une diversité de mœurs, de coutumes ou d'opinions, à l'exemple du très célèbre arrêt *Handyside* contre Royaume-Uni du 7 décembre 1976⁶²². Dans cette hypothèse, le principe du pluralisme n'est pas normatif, il « *n'est pas de nature juridique en ce sens qu'il tendrait à consacrer des normes de conduite plurielles applicables à une même situation. Il s'efforce plutôt de favoriser la présence d'une pluralité d'acteurs susceptibles de prôner une diversité de points de vue* »⁶²³.

200. Cependant, le principe du pluralisme se présente parfois – lorsqu'il s'agit « *de savoir qui, de l'Etat ou de la Cour, sera le plus légitime à dicter la norme applicable en*

⁶¹³ F. SUDRE, « Le pluralisme saisi par le juge européen », in M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruylant, 2010, p. 261.

⁶¹⁴ *Ibid.*, p. 262.

⁶¹⁵ P. MUZNY, « Approches théoriques du pluralisme », in M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruylant, 2010, p. 28.

⁶¹⁶ *Ibid.*, p. 29.

⁶¹⁷ *Ibid.*, p. 28.

⁶¹⁸ M. LEVINET, « Propos introductifs », in M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruylant, 2010, p. 5.

⁶¹⁹ P. MUZNY, « Approches théoriques du pluralisme », *op. cit.*, p. 30.

⁶²⁰ *Ibid.*, p. 15.

⁶²¹ *Ibid.*, p. 17.

⁶²² Cour EDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, req. n°5493/72, série A, n°24, § 49 ; *GACEDH*, n°7 : « La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels de pareille société, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10 (art. 10-2), elle vaut non seulement pour les "informations" ou "idées" accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veut le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de "société démocratique" ».

⁶²³ P. MUZNY, « Approches théoriques du pluralisme », *op. cit.*, p. 20.

fonction de la marge nationale d'appréciation »⁶²⁴ – tel un « *pluralisme normatif* »⁶²⁵. Ainsi, la normativité du pluralisme apparaît tout aussi incertaine puisque fluctuant selon la manière dont il est appliqué par le juge. Il rejoint donc, en ce sens, le principe multiforme de subsidiarité qui – bien que souffrant d'une juridicité incertaine – semble néanmoins doté, dans certaines hypothèses procédurales, d'une réelle normativité. Par conséquent, le principe de subsidiarité – dont la nature reste manifestement indéterminée puisqu'il n'est globalement ni justiciable ni contrôlable – souffre d'une juridicité clairement controversée.

⁶²⁴ *Ibid.*, p. 19.

⁶²⁵ *Ibid.*

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

202. La subsidiarité en droit de la Convention européenne est un principe dont la nature reste manifestement indéterminée. Si sa soudaine qualification prétorienne de *principe* n'est finalement pas de nature à soulever des doutes quant à la légitimité de l'accession de la subsidiarité au rang de principe – et ce, malgré l'existence d'une réelle confusion conceptuelle concernant cette notion – sa qualification de *principe fondamental* n'est, quant à elle, pas aussi assurée. Le choix hésitant d'une telle catégorie de principe s'est fondé sur une approche à la fois formelle, fonctionnelle et matérielle du principe de subsidiarité qui – outre sa qualification récurrente de principe fondamental – présente des similitudes avec les spécificités d'une telle catégorie de principe, doté d'un rôle fondateur essentiel au bon fonctionnement du système, sans être forcément et immédiatement consacré en droit positif.

203. Néanmoins, le principe semble également rejoindre, en différents points, les caractéristiques intrinsèques aux principes généraux, tels qu'entendus au sens de la jurisprudence européenne. Ainsi, l'hypothèse de la qualification de principe fondamental de subsidiarité relève indéniablement d'une certaine part de subjectivisme et se doit donc d'être relativisée. Cela étant, ce n'est pas le seul doute qui pèse sur le principe conventionnel de subsidiarité dès lors que sa juridicité peut être aussi clairement discutée. Une partie de la doctrine envisage, en effet, la subsidiarité comme « *un principe insaisissable par le Droit* »⁶²⁶ ou, tout du moins, comme ne pouvant « *être considérée, sans hésitation aucune, comme un véritable principe juridique* »⁶²⁷. D'autres jugent, à l'inverse, que sa seule « *inscription dans le droit positif en fait un principe juridique à part entière* »⁶²⁸. Sa qualification de principe fondamental – catégorie relativement floue et fourre-tout – n'aide d'ailleurs pas à la détermination de sa juridicité, alors même que sa typologie aurait pu être de nature à orienter cette analyse. Si les principes généraux du droit « *supposent un énoncé normatif, qu'elle*

⁶²⁶ J. FIALAIRE, « Synthèse générale », in J. FIALAIRE (dir.), *Subsidiarité infranationale et territorialisation des normes : état des lieux et perspectives en droit interne et en droit comparé*, Presses universitaires de Rennes, 2005, p. 18.

⁶²⁷ D. SZYMCAK, « Rapport introductif : Le principe de subsidiarité dans tous ses états », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 24.

⁶²⁸ F. THOMA, *Le principe de subsidiarité en droit communautaire*, op. cit., p. 26. Bien que cette citation soit tirée d'une thèse relative au principe de subsidiarité en droit de l'Union européenne, il nous semble pertinent d'en prendre compte dans la mesure où, en droit de la Convention européenne, le principe de subsidiarité devrait être bientôt inscrit au cœur du préambule et donc être également consacré en droit positif. Pour plus de détails concernant son inscription dans le texte conventionnel, voir *infra*, section 1, § 3.

*qu'en soit l'origine, une effectivité qui en fasse des sources de droits et obligations »*⁶²⁹ et « *ont [donc] une valeur obligatoire [...et] impérative »*⁶³⁰, les « principes généraux » ne renvoient pas à l'existence d'une catégorie de principes ayant valeur normative⁶³¹. Manquant de consistance identifiable, le principe conventionnel de subsidiarité qui, formellement – de par son appartenance au système juridique européen – peut être qualifié de juridique, n'est toutefois pas un principe assurément et matériellement juridique, au sens d'un principe normatif produisant des effets contraignants. Au terme de cette analyse, il est donc toujours aussi difficile de donner une réponse claire à la question tenant à la nature de ce principe ambigu. Si ce chapitre n'aura donc permis d'apporter qu'une analyse timorée de la nature du principe de subsidiarité, elle aura néanmoins souligné toute l'inconstance mais, probablement aussi, l'adaptabilité du principe, « *la malléabilité étant à la base de ses qualités »*⁶³².

⁶²⁹ J-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 5^{ème} édition, 2012, p. 104.

⁶³⁰ B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 244.

⁶³¹ M. BOUMGHAR, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Pedone, 2010, p. 26.

⁶³² A. UBEDA DE TORRES, « Un dialogue sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme », in E. BRIBOSIA, L. SCHEECK et A. UBEDA DE TORRES (dir.), *L'Europe des cours, loyautés et résistances*, Bruylant, 2010, p. 196.

CONCLUSION DU TITRE 1 : UN PRINCIPE FONDAMENTALEMENT AMBIGU

205. « *C'est cette imprécision inhérente au concept qui est tant décriée. Il n'y a rien de plus complexe et parfois même frustrant, que de tenter de définir des rapports juridiques à partir d'une notion ambivalente, à sens multiples, dont la signification peut varier d'un contexte à l'autre* »⁶³³. Parce que le principe de subsidiarité souffre d'une indétermination manifeste, que ce soit en raison de son impossible définition univoque ou de sa nature incertaine, il est un principe fondamentalement ambigu.

206. Si la variabilité générale du principe de subsidiarité en droit – qui revêt des acceptions différentes selon les domaines juridiques où il est employé – n'est pas de nature à faciliter sa définition et compréhension, son imprécision – en droit européen spécifiquement – s'explique également au regard de son origine jurisprudentielle particulière. Ni l'utilisation fréquente et croissante du principe de subsidiarité par la jurisprudence, ni sa codification prochaine au sein du préambule de la Convention ne sont, par ailleurs, de nature à préciser son contenu. Il se dessine, donc, comme un principe relativement flou, comme l'un de ces « *concepts élastiques* »⁶³⁴ dont les contours sont difficilement saisissables. L'ambiguïté du principe est d'autant plus éminente qu'elle se voit renforcée par l'indétermination de sa nature, dès lors qu'il existe des imprécisions tenant à sa typologie et juridicité. En effet, il se dessine tel un principe général ou fondamental du droit européen, dont la portée juridique est incontestablement à nuancer. L'identification de la subsidiarité est donc particulièrement complexe au vu des incertitudes dont elles s'entourent, mais aussi et surtout, en raison du paradoxe sous-tendant l'identification du principe qui – bien que manifestement ambigu – est néanmoins fondamental en droit européen.

207. De manière générale, « *les principes figurent [...] parmi les normes de commandement ; leur fonction dominante est [en ce sens] directive* »⁶³⁵. Ainsi, au-delà de leur nature générale ou fondamentale, ces principes se voient dotés d'une fonction singulière, celle de « *maintenir les liens entre les réseaux faiblement structurés et assurer leur cohésion et leur*

⁶³³ *Ibid.*

⁶³⁴ D. SIMON, « L'usage de concepts élastiques dans la jurisprudence internationale : impressionnisme ou réalisme ? », in *Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco*, Carl Heymanns Verlag, 1983, pp. 707-719.

⁶³⁵ F. MODERNE, « Les principes : permanence et nouveauté », *RFDA*, 1999, p. 726.

articulation minimales, gage de l'efficacité pratique du droit dans son ensemble »⁶³⁶. Dans ces conditions, il nous semble que ces principes généraux ou fondamentaux, endossent donc le rôle de *principe directeur*, dont les deux principales caractéristiques s'expriment « *à travers sa fonction d'orientation et sa nature faiblement déterminée* »⁶³⁷. La première composante d'un principe directeur – tenant à sa nature faiblement déterminée et son contenu variable – sera réputée remplie, au vu de ce premier Titre, s'agissant du principe conventionnel de subsidiarité. Concernant la seconde composante – tenant à la fonction de guide et d'orientation d'un principe directeur – elle permet « *une régulation globalisée à des échelons supérieurs à ceux des Etats contemporains* »⁶³⁸. L'exemple du système communautaire est souvent utilisé, de même que celui de la Cour européenne, où les principes de « *dignité de la personne humaine, d'Etat de droit, de démocratie pluraliste, de justice sociale [mais aussi] de subsidiarité* »⁶³⁹ sont regardés comme « *les vecteurs les plus symboliques et, en même temps, les plus probants et efficaces de l'avènement des standards homogènes, capables de nourrir un droit susceptible d'être véritablement accepté par toutes les composantes de l'Europe* »⁶⁴⁰. Les principes directeurs supposent, ainsi, une mise en cohérence et structuration des systèmes grâce à leur plus grande adaptabilité, en « *permettant la coexistence de valeurs ou d'intérêts divergents, en organisant leurs rapports, en favorisant les inter-normativités croisées entre les systèmes et réseaux, en permettant les adaptations nécessaires en fonction des balances d'intérêts à prendre en compte* »⁶⁴¹.

208. En ce sens, le paradoxe de l'identification du principe conventionnel de subsidiarité est d'autant plus prégnant que l'ambiguïté intrinsèque du principe n'empêche pas l'érection de son rôle de principe directeur du droit européen.

⁶³⁶ *Ibid.*, p. 739.

⁶³⁷ M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Édition du Seuil, 1994, p. 135.

⁶³⁸ F. MODERNE, « Les principes : permanence et nouveauté », *op. cit.*, p. 739.

⁶³⁹ *Ibid.*, p. 740 (souligné par nous).

⁶⁴⁰ *Ibid.*

⁶⁴¹ *Ibid.*

TITRE 2 : UN PRINCIPE DIRECTEUR DU DROIT EUROPÉEN

210. Malgré son ambiguïté et son indétermination générale, le principe de subsidiarité se dessine comme un principe phare du droit européen, guidant l'interprétation de la Convention et le contrôle du juge strasbourgeois. A l'exemple des principes généraux⁶⁴², ce principe fondamental de subsidiarité joue, en effet, le rôle de principe directeur dans l'ordre juridique européen et permet, en ce sens, de structurer le système de la Convention.

211. Par « principes directeurs », sont identifiés « *des éléments structurants d'un système hiérarchisé de normes* »⁶⁴³. Selon le Professeur Jean-Louis BERGEL, sont qualifiés de directeurs, les principes traduisant les exigences de l'ordre social, les principes qui sont incontestablement « *les poutres maîtresses de tout l'édifice juridique* »⁶⁴⁴. Le Professeur Mireille DELMAS-MARTY parle, quant à elle, « *d'armature de la pensée juridique* », « *d'éléments fédérateurs* », exprimant « *les valeurs fondatrices* »⁶⁴⁵ d'un système. Or, la fonction de guide d'un principe est plus que jamais nécessaire dans un ordre international où les systèmes juridiques se superposent, puisque « *la vertu première des principes directeurs est peut-être dans leur aptitude à rapprocher des systèmes juridiques différents sans pour autant imposer l'unification des règles* »⁶⁴⁶. Leur faculté d'harmonisation et de coordination serait, donc, ni plus ni moins que « *la raison d'être des principes directeurs internationaux* »⁶⁴⁷. Ainsi, l'interprète devra recourir à ces principes « *directeurs fondamentaux, non seulement pour comprendre les faits et les qualifier, mais aussi pour interpréter et appliquer le droit* »⁶⁴⁸. C'est donc l'analyse du rôle du principe de subsidiarité dans le système de la Convention européenne qui permettra de mener cette démonstration. Il ne s'agira plus d'étudier la nature de ce principe mais bien de mettre en avant les fonctions qui lui sont assignées, des fonctions qui se révéleront être cardinales, essentielles au bon fonctionnement du système européen. Ainsi et bien que n'étant pas un principe juridique

⁶⁴² J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 5^{ème} édition, 2012, p. 112 et suiv. Selon le Professeur Jean-Louis BERGEL, les principes directeurs seraient, en effet, une sous-catégorie des principes généraux, qui peuvent ainsi se distinguer entre principes directeurs et correcteurs.

⁶⁴³ F. MODERNE, « Les principes : permanence et nouveauté », *RFDA*, 1999, p. 739.

⁶⁴⁴ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 112.

⁶⁴⁵ M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Édition du Seuil, 1994, p. 131.

⁶⁴⁶ *Ibid.*, pp. 134 et 135.

⁶⁴⁷ *Ibid.*

⁶⁴⁸ B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 244.

évident, la subsidiarité conventionnelle est néanmoins pourvue de fonctions directrices qui « orientent les solutions [du juge]. Les principes directeurs ont donc une prétention normative en ce sens qu'ils guident et commandent l'élaboration des règles du droit positif »⁶⁴⁹.

212. Par conséquent, le principe de subsidiarité est un principe de type fondamental – « la *fondamentalité* [étant d'ailleurs le principal] élément de la définition du principe directeur »⁶⁵⁰ – doté de fonctions éminemment directrices. Il traduit l'esprit et les objectifs du traité international et guide le juge dans la résolution des litiges⁶⁵¹. C'est essentiellement la doctrine qui lui confère ce rôle, que ce soit en droit de l'Union européenne⁶⁵², en droit pénal⁶⁵³ ou en droit de la Convention européenne⁶⁵⁴. La Cour n'a, quant à elle, jamais qualifié de manière expresse le principe de « directeur ». Elle semble néanmoins le reconnaître implicitement dès lors qu'elle l'identifie comme le principe « *sur lequel repose le système européen de protection des droits de l'homme* »⁶⁵⁵. Cette qualification nous semble donc légitime et justifiée, du moins en théorie, dès lors qu'il s'agit bien d'un principe-guide qui se doit d'être doublement directeur du droit européen. De ces deux dimensions – procédurale et substantielle – découle en effet une double fonction structurante et d'interprétation, la fonction de structuration ou de mise en cohérence s'ouvrant alors sur celle d'une

⁶⁴⁹ M-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations. Relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, Dalloz, 2005, p. 55.

⁶⁵⁰ L. CADIET, « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès », in *Etudes offertes à Jacques NORMAND, Justice et droits fondamentaux*, Litec, 2003, p. 83.

⁶⁵¹ Voir, notamment K. GRABARCZYK, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour EDH*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006, p. 378 et suiv.

⁶⁵² Voir, notamment, J-L. CLERGERIE, A. GRUBER, P. RAMBAUD, *L'Union européenne*, Dalloz, 10^{ème} édition, 2014, p. 283, où les auteurs expliquent que « la subsidiarité apparaît comme une sorte de principe directeur, pour définir la frontière entre les compétences des Etats membres et celle de l'Union » ; V. CONSTANTINESCO, « La subsidiarité comme principe constitutionnel de l'intégration européenne », *Swiss Review of International Economic Relations*, 1991, p. 444, qui parle d'un « principe directeur général » ; F. LEURQUIN-DE VISSCHER, « Existe-t-il un principe de subsidiarité ? », in F. DELPEREE (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruylant, 2002, p. 38, qui considère que « le principe de subsidiarité [...] appartient à la catégorie des principes directeurs ; c'est dire qu'il entend diriger l'interprète en le renvoyant à des valeurs puisées à l'extérieur de la sphère juridique, dans le fonds historique, politique et social de la culture européenne ».

⁶⁵³ E. WILLEMART, « La répression pénale et la répression administrative : de l'autonomie à la subsidiarité ? », in F. DELPEREE (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruylant, 2002, p. 185, qui identifie la subsidiarité comme un « nouveau principe directeur ».

⁶⁵⁴ Voir, notamment, M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Édition du Seuil, 1994, p. 130 ; E. PETTITI, « Réflexions sur les principes et les mécanismes de la Convention », in L-E. PETTITI, E. DECAUX, P-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, Economica, 2^{ème} édition, 1999, p. 230, où l'auteur aborde le principe de subsidiarité dans le cadre de sa partie sur les principes directeurs de la Convention ; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 12^{ème} édition, 2015, p. 194, l'auteur étudiant le principe de subsidiarité dans son chapitre 1, intitulé « Les principes directeurs ».

⁶⁵⁵ Cour EDH, 15 juillet 2002, *Stratégies et Communications et Dumoulin c. Belgique*, req. n°37370/97, § 54.

harmonisation des droits qui, par un rapprochement progressif de leur contenu, conduit à créer « *un corps de principes convergents* »⁶⁵⁶, véritable *jus commune* aux systèmes⁶⁵⁷.

213. Le Professeur Olivier DE SCHUTTER interprète la dimension procédurale du principe de subsidiarité comme « *le caractère subsidiaire de l'intervention du juge international* »⁶⁵⁸ et la dimension substantielle comme renvoyant au « *contexte dans lequel les normes de la Convention sont appliquées* »⁶⁵⁹. Il semblerait donc que la dimension procédurale soit assimilée au caractère subsidiaire de la Cour européenne⁶⁶⁰ et régitte « *les rapports fonctionnels entre la Cour et les instances nationales ainsi que les compétences d'action et d'intervention* »⁶⁶¹, tandis que la dimension substantielle correspondrait davantage au caractère subsidiaire du texte conventionnel⁶⁶² « *régissant le rapport de compétences de décision et d'appréciation* »⁶⁶³. Ainsi et d'une part, le principe de subsidiarité est un principe d'articulation des compétences et des responsabilités entre les autorités nationales et la Cour européenne, principe qui structure donc l'organisation même du système européen (**Chapitre 1**). D'autre part, il est un principe de conciliation des objectifs poursuivis par le juge européen, un principe interprétatif donc, qui guide le juge dans l'interprétation et l'application de la Convention (**Chapitre 2**). Néanmoins, notons qu'il est difficile – voire artificiel – de s'en tenir à une séparation étanche entre l'aspect procédural et substantiel de la subsidiarité dans la mesure où ces deux dimensions sont intimement liées et imbriquées du fait de leurs fondements et objectifs communs. Aussi, la distinction opérée entre le Chapitre

⁶⁵⁶ D. SIMON, « Les principes en droit communautaire », in S. CAUDAL (dir.), *Les principes en droit, Economica*, 2008, p. 302.

⁶⁵⁷ C'est tout particulièrement dans le cadre de l'Union européenne et de la Convention européenne que s'illustre cette fonction *osmotique* des principes – pour reprendre l'expression de Denys SIMON – qui autorise alors un rapprochement des différents systèmes normatifs. Voir D. SIMON, « Les principes en droit communautaire », *op. cit.*, p. 303.

⁶⁵⁸ O. DE SCHUTTER, « La subsidiarité dans la Convention européenne des droits de l'homme : la dimension procédurale », in M. VERDUSSEN (dir.), *L'Europe de la subsidiarité*, Bruylant, 2000, p. 123.

⁶⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁶⁰ La subsidiarité procédurale est également définie par F. DELPEREE, « Observations liminaires », in F. DELPEREE (dir.), *Justice Constitutionnelle et subsidiarité*, Bruylant, 2000, p. 23, comme celle qui « *conduit une autorité publique à n'intervenir qu'en second ordre par rapport à une autre autorité publique, s'il s'avère, par exemple, que la première est défaillante ou que la seconde offre plus de garanties au citoyen qui a recours à elle* ».

⁶⁶¹ Note du jurisconsulte de la Cour européenne, sur le « Principe de subsidiarité », dans le cadre du *Suivi d'Interlaken*, 8 juillet 2012, p. 6, disponible sur : http://www.echr.coe.int/Documents/2010_Interlaken_Follow-up_FRA.pdf.

⁶⁶² L'idée de « subsidiarité du texte conventionnel » ne doit toutefois pas être entendue comme impliquant un caractère second ou accessoire de la Convention européenne qui, bien au contraire, devient une nouvelle source de droit à disposition des juges nationaux dans le contrôle de la protection des droits de l'homme.

⁶⁶³ Note du jurisconsulte de la Cour européenne, *op. cit.*

1^{er} et le Chapitre 2 ne s'appuie pas sur la différenciation classique subsidiarité substantielle/subsidiarité procédurale mais sur la double fonction du principe de structuration du système d'une part, de structuration de l'office du juge d'autre part. Par conséquent, certains développements du Chapitre 1^{er} feront naturellement appel à des éléments relatifs à la subsidiarité substantielle, de même que ceux du Chapitre 2 s'appuieront sur des caractéristiques de la subsidiarité procédurale.

Chapitre 1 : Un principe de structuration du système européen

Chapitre 2 : Un principe de conciliation des objectifs poursuivis par le juge européen

CHAPITRE 1 : UN PRINCIPE DE STRUCTURATION DU SYSTÈME EUROPÉEN

215. La subsidiarité permet une « *appréhension des rapports entre le contrôle interne et le contrôle international du respect des droits garantis* »⁶⁶⁴ et apparaît donc comme un principe directeur qui structure l'organisation et le fonctionnement du système européen⁶⁶⁵. Parce qu'elle organise l'articulation des compétences de protection des droits de l'homme entre les autorités nationales et la Cour européenne, la subsidiarité endosse une fonction de mise en cohérence, de structuration des rapports entre systèmes. Son rôle est donc ici d'opérer la liaison entre ces deux ordres, de les relier et coordonner entre eux. Le Professeur Franck MODERNE rappelle d'ailleurs combien les principes généraux ou fondamentaux ont été à maintes reprises identifiés comme dotés d'une fonction centrale de structuration et de mise en cohérence de l'ensemble du système juridique⁶⁶⁶.

216. En droit européen des droits de l'homme, c'est le juge strasbourgeois lui-même qui a consacré la subsidiarité comme un principe au fondement du dispositif européen⁶⁶⁷ ou « *à la base du système de la Convention* »⁶⁶⁸, principe qui par conséquent gouverne l'organisation même du système. Le principe de subsidiarité est, en effet, « *l'expression d'une nécessité fonctionnelle : [parce que] les Etats sont à bien des égards les mieux à même d'assurer une protection complète et efficace des droits fondamentaux, [ils sont les] premiers responsables de la protection de ces droits* »⁶⁶⁹. Le principe confère donc à la Cour un rôle secondaire dans la protection des droits de l'homme, celle-ci ne pouvant être saisie qu'après un épuisement préalable de l'ensemble des voies de recours internes (**Section 1**). Or, si cette règle classique du droit coutumier – également intégrée par la Cour internationale de justice⁶⁷⁰

⁶⁶⁴ S. TOUZE, « La complémentarité procédurale de la garantie conventionnelle », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, édition Nemesis, Anthemis, 2014, p. 69.

⁶⁶⁵ P. CAROZZA, « Subsidiarity as a Structural principle of International Human Rights Law », *AJIL*, 2003, pp. 38-79.

⁶⁶⁶ F. MODERNE, « Les principes : permanence et nouveauté », *RFDA*, 1999, p. 728. Il renvoie, à ce sujet, à différents auteurs tels que notamment Max WEBER et Jürgen HABERMAS.

⁶⁶⁷ Voir, parmi d'autres, Cour EDH, 30 avril 2015, *Shamardakov c. Russie*, req. n°13810/04, § 144.

⁶⁶⁸ Cour EDH, 2 octobre 2012, *Singh et autres c. Belgique*, req. n°33210/11, § 55 ; Cour EDH, 20 octobre 2012, *Glykantzi c. Grèce*, req. n°40150/09, § 64 ; Cour EDH, 24 mai 2011, *Sabri Gunes c. Turquie*, req. n°27396/06, § 43.

⁶⁶⁹ J-M. SAUVE, Intervention devant le Conseil d'Etat, lors de la conférence sur *Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme*, Paris, le 19 avril 2010.

⁶⁷⁰ Voir, par exemple, l'affaire de l'*Interhandel* (CIJ, arrêt, 21 mars 1959, *Suisse c. Etats-Unis d'Amérique*, Rec. 1959, pp. 6-32).

ou par de nombreux instruments du droit international des droits de l'homme⁶⁷¹ – est la traduction naturelle du caractère subsidiaire du système européen, elle le définit par ailleurs comme un système de protection des droits de l'homme, voulu comme seulement complémentaire aux systèmes nationaux (**Section 2**).

SECTION 1 : L'ARTICULATION DES SYSTÈMES AUTOUR DE LA RÈGLE DE L'ÉPUISEMENT PRÉALABLE DES VOIES DE RECOURS INTERNES

217. De jurisprudence constante, la Cour affirme que « *la Convention confie en premier lieu à chacun des États contractants le soin d'assurer la jouissance des droits et libertés qu'elle consacre. Les institutions créées par elle, y contribuent de leur côté, mais elles n'entrent en jeu que par la voie contentieuse et après épuisement des voies de recours internes* »⁶⁷². En ce sens, l'article 35 § 1 de la Convention⁶⁷³, qui consacre la fameuse règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes, « *répond [très clairement] au principe [...] de la subsidiarité des procédures internationales* »⁶⁷⁴. Il pose en effet « *le principe de la sanction nationale prioritaire de la Convention* »⁶⁷⁵ et a donc pour vocation de protéger les États membres en leur garantissant « *la possibilité de redresser la situation dans leur ordre juridique interne* »⁶⁷⁶ avant que n'intervienne le contrôle du juge international.

218. La jurisprudence européenne est venue préciser le contenu de l'article 35 § 1 et ainsi dégager deux exigences principales. En effet, la condition d'épuisement des voies de recours internes sera réputée remplie si d'une part, il y a épuisement des griefs en droit

⁶⁷¹ On la retrouve, par exemple, à l'article 46 de la Convention interaméricaine des droits de l'homme, à l'article 50 et 56 § 5 de la Charte africaine des droits de l'homme, article 41 § 1, c du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

⁶⁷² Cour EDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, req. n°5493/72, série A, n°24, § 48 ; *GACEDH*, n°7.

⁶⁷³ L'article 35 § 1 de la Convention européenne stipule que : « *La Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus, et dans un délai de six mois à partir de la date de la décision interne définitive* ».

⁶⁷⁴ G. COHEN-JONATHAN, « Le rôle des principes généraux dans l'interprétation et l'application de la Convention Européenne des Droits de l'Homme », in *Mélanges en l'honneur de Louis-Edmond PETTITI*, Bruylant, 1998, p. 181.

⁶⁷⁵ E. PICARD, « Article 26 », in L-E. PETTITI, E. DECAUX, P-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, Economica, 2ème édition, 1999, p. 592.

⁶⁷⁶ Cour EDH, Gde ch., 16 décembre 1999, *T. c. Royaume-Uni*, req. n°24724/94, § 55 ; Cour EDH, Gde ch., 25 mars 2014, *Vučković et Autres c. Serbie*, req. n°17153/11, § 70.

interne⁶⁷⁷ et d'autre part, épuisement des instances c'est-à-dire un épuisement vertical de l'ensemble des recours utiles⁶⁷⁸ de la plus petite à la plus haute instance accessible⁶⁷⁹. Cette règle impose donc au requérant d'épurer toute la hiérarchie juridictionnelle prévue par l'ordre juridique interne. Toutefois, en raison de la notoriété de cette règle d'une part et de la diversité des études portant sur le sujet⁶⁸⁰ d'autre part, il conviendra de s'en tenir à une brève analyse critique et prospective de cette condition, manifestation directe du principe de subsidiarité. En effet, c'est la subsidiarité qui, en tant que principe directeur du droit européen, impose que la Cour ne soit saisie qu'après épuisement des voies de recours internes. Seront ainsi démontrées les dérives de cette règle qui – à force de tempéraments jurisprudentiels – se voit peu à peu dénaturée par le juge européen.

219. Parce qu'il ne s'agit pas d'une « *règle automatique et sans âme* »⁶⁸¹ mais d'une condition devant s'appliquer sans formalisme excessif⁶⁸², « *la souplesse interprétative constitue le maître mot de la jurisprudence de la Cour relative à l'article [35 § 1]* »⁶⁸³. Il nous semble donc que la Cour « *devrait assurer un respect plus scrupuleux de la règle de l'épuisement des voies de recours internes et donc prêter une attention plus soutenue au*

⁶⁷⁷ Pour plus de détails, voir *infra* §1, B.

⁶⁷⁸ La notion de « *recours utiles* » signifie que les recours doivent être effectifs et non illusoires. Selon l'arrêt Van Oosterwijck contre Belgique, les recours utiles sont ceux qui sont « *relatifs aux violations alléguées, accessibles et adéquats* » (Cour EDH, 6 novembre 1980, *Van Oosterwijck c. Belgique*, req. n°7654/76, série A n°40, § 27).

⁶⁷⁹ La notion d'« *usage normal* » signifie que le recours en droit interne doit être à l'initiative du requérant. Voir l'affaire Cour EDH, 28 septembre 1995, *Spadea et Scalabrino c. Italie*, req. n°12868/87, § 24 ; *AJDA*, 1995, n°3, p. 212, chron. J-F FLAUSS.

⁶⁸⁰ Pour plus de détails sur le contenu de la règle de l'épuisement des voies de recours, voir notamment : J. CHAPPEZ, *La règle de l'épuisement des voies de recours internes*, Pedone, 1972 ; P. DOURNEAU-JOSETTE, « De l'esprit de la règle de l'épuisement des voies de recours internes dans la CEDH », *Justice et Cassation, Revue annuelle des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation*, 2008, pp. 78-89 ; F. KRENC, « Délai raisonnable, recours effectif et épuisement des voies de recours internes », *Journal des tribunaux*, 2011, pp. 370-37 ; M. LANTER, « L'épuisement des voies de recours internes et l'exigence du délai de six mois », in E. LAMBERT-ABDELGAWAD et P. DOURNEAU-JOSETTE (dir.), *Quel filtrage des requêtes par la Cour européenne des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe, 2011, p. 53 et suiv. ; E. PICARD, « Article 26 », *op. cit.*, p. 596 et suiv. ; M. PUECHAVY, « La règle de l'épuisement des voies de recours internes et la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme », in *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au doyen Gérard COHEN-JONATHAN*, Bruylant, 2004, vol. II, pp. 1299-1315 ; D. SULLIGER, *L'épuisement des voies de recours internes en droit international général et dans la Convention européenne des droits de l'homme*, Lausanne, Imprimerie des arts et métiers, 1979.

⁶⁸¹ P. LEGROS et P. COENRAETS, « La règle de l'épuisement des voies de recours internes et l'accès effectif à une juridiction dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, n°33, 1998, p. 32.

⁶⁸² Voir par exemple Cour EDH, Gde ch., 16 septembre 1996, *Akdivar et autres c. Turquie*, req. n°21893/93, Rec. 1996-IV, § 69 ; *JDI*, 1997, p. 239, obs. E. DECAUX ; *RTDH*, 1998, pp. 27-35, note P. LEGROS et P. COENRAETS ; *GACEDH*, n°73 ou plus récemment Cour EDH, Gde ch., 25 mars 2014, *Vučković et Autres c. Serbie*, req. n°17153/11, § 76.

⁶⁸³ P. LEGROS et P. COENRAETS, « La règle de l'épuisement des voies de recours internes et l'accès effectif à une juridiction dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 32.

principe de subsidiarité »⁶⁸⁴. Il est ainsi courant que les juges eux-mêmes critiquent le contrôle opéré par la Cour, considérant par exemple que « *la requête aurait dû être déclarée irrecevable pour non-épuisement des voies de recours internes [car] l'arrêt ne tient pas suffisamment compte de l'important principe de subsidiarité, consacré par l'article 35 § 1 de la Convention et [néanmoins] indispensable au bon fonctionnement du dispositif de protection offert par la Convention* »⁶⁸⁵. Partant – et en raison des nombreuses dérogations jurisprudentielles à cette règle néanmoins fondamentale – la condition de l'épuisement des voies de recours internes se transforme peu à peu en une simple manifestation formelle du caractère subsidiaire du système européen (§. 1). Bien que traditionnelle en droit européen des droits de l'homme, elle est encore sujette à des évolutions en raison, notamment, de l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité d'une part et d'une éventuelle adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne d'autre part (§. 2).

§1- Une manifestation formelle du caractère subsidiaire du système européen

220. Bien que la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes soit une traduction directe du principe de subsidiarité, la Cour va peu à peu la limiter, se montrant toujours plus exigeante quant à « *l'appréciation du caractère utile et effectif de ces voies* »⁶⁸⁶ de recours. Parce qu'elle n'est pas « *une règle d'application automatique et aveugle* »⁶⁸⁷ et qu'elle n'a donc pas de caractère absolu, les exceptions jurisprudentielles vont se multiplier. Le requérant sera, par exemple, dispensé d'épuiser un recours lorsqu'il dénonce l'incompatibilité avec la Convention d'une pratique administrative qui rendrait toute procédure judiciaire ineffective⁶⁸⁸, ou encore lorsqu'il existe des circonstances particulières

⁶⁸⁴ F. JACQUEMOT, *Le standard européen de société démocratique*, Université Montpellier I, coll. Thèses, 2006, t. 4, p. 412.

⁶⁸⁵ Voir l'opinion dissidente de la juge POWER, à laquelle se rallie le juge ZUPANCIC dans l'affaire Cour EDH, 11 janvier 2011, *Vergu c. Roumanie*, req. n°8209/06, § 1.

⁶⁸⁶ R. DE GOUTTES, « La priorité substantielle du droit interne », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, édition Nemesis, Anthemis, 2014, p. 43.

⁶⁸⁷ A. UBEDA DE TORRES, « Un dialogue sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme », in E. BRIBOSIA, L. SCHEECK et A. UBEDA DE TORRES (dir.), *L'Europe des cours, loyautés et résistances*, Bruylant, 2010, p. 199.

⁶⁸⁸ Cour EDH, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, req. n°5310/71, série A n°25, § 159 ; *JDI*, 1980, p. 449, obs. P. ROLLAND ; Cour EDH, Gde ch., 16 septembre 1996, *Akdivar et autres c. Turquie*, req. n°21893/93, Rec. 1996-IV, § 67 ; *GACEDH*, n°73 ; *JDI*, 1997, p. 239, obs. E. DECAUX ; *RTDH*, 1998, pp. 27-35, note P. LEGROS et P. COENRAETS.

comme la carence des autorités locales⁶⁸⁹ ou leur manque de diligence dans la conduite d'une enquête⁶⁹⁰. Il nous semble pourtant que « *réduire à l'extrême une telle condition, en vue d'une plus complète protection des droits de l'homme, s'inspirerait certes d'un souci de justice fort louable mais d'une conception bien cavalière des règles du droit international* »⁶⁹¹.

221. Du fait de ces précisions et transformations prétoriennes, le juge va donc progressivement limiter cette règle néanmoins essentielle au bon fonctionnement du système européen. Initialement voulue comme protectrice de l'autonomie des Etats membres, elle devient de plus en plus contraignante à leur égard, si bien qu'elle ne sera plus qu'une manifestation *formelle* du principe de subsidiarité. Parce qu'elle est assujettie à l'exigence d'effectivité des recours à épuiser (A) et que c'est aux Etats membres de garantir l'existence et la qualité de tels recours dans leur ordre juridique interne, la règle de l'épuisement des voies de recours internes se verra peu à peu dénaturée (B).

A- Une condition de recevabilité assujettie à l'exigence d'effectivité des recours à épuiser

222. Le droit à un recours effectif⁶⁹² – énoncé à l'article 13 de la Convention⁶⁹³ – participe à la garantie d'une application concrète du principe de subsidiarité en droit européen. Il implique, en effet, que « *pour chaque droit, [...] il faut un recours interne effectif dans l'ordre national, faute de quoi il serait illusoire, voire hypocrite, de parler de*

⁶⁸⁹ Cour EDH, Gde ch., 16 septembre 1996, *Akdivar et autres c. Turquie*, *op. cit.*, § 68.

⁶⁹⁰ Cour EDH, Gde ch., 28 juillet 1999, *Selmouni c. France*, req. n°25803/94, Rec. 1999-V, § 76 ; *GACEDH*, n°14 ; *JCP G.*, 1999, n°44, II 10193, comm. F. SUDRE ; *RGDIP*, 2000, n°1, pp. 181-203, comm. G. COHEN-JONATHAN.

⁶⁹¹ Voir l'opinion concordante du juge VALTICOS dans l'affaire Cour EDH, 15 novembre 1996, *Ahmet Sadik c. Grèce*, req. n°18877/91, Rec. 1996-V.

⁶⁹² Même si l'objectif de cette étude n'est pas de revenir sur la définition du droit à un recours effectif, rappelons néanmoins que pour qu'un recours soit considéré comme effectif, il doit être de nature à solutionner les griefs des justiciables et permettre d'aboutir à une décision sur le bien-fondé de ce grief. L'effectivité d'un recours ne dépend toutefois pas, selon la Cour, de la certitude d'une issue favorable pour le requérant (voir notamment Cour EDH, Gde ch., 26 octobre 2000, *Kudla c. Pologne*, req. n°30210/96, § 154 et suiv.). Par ailleurs, si à la lecture du texte conventionnel, le droit à un recours effectif peut être compris comme un droit dépourvu de portée autonome, ne pouvant être invoqué qu'en combinaison avec un autre article de la Convention, la Cour récuse cette approche littérale pour développer une approche finaliste. Elle a en effet reconnu la possibilité d'invoquer l'article 13 dès lors que le requérant allègue d'une autre violation de la Convention sans pour autant établir cette violation (Cour EDH, 6 septembre 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, req. n°5029/71, § 64) et confère ainsi à cet article tout son effet utile. Pour une analyse plus poussée des exigences jurisprudentielles liées à l'article 13 et notamment à l'effectivité du recours, voir notamment : F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 12^{ème} édition, 2015, p. 645.

⁶⁹³ L'article 13 de la Convention stipule que « *toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale ...* ».

subsidiarité »⁶⁹⁴. Parce que l'existence de voies de droit effectives permet à l'Etat de se prononcer en premier et que l'article 13 offre donc la possibilité d'une protection réelle des droits au plan national, le juge strasbourgeois n'a de cesse de souligner « *l'importance de cet article en vue du maintien du caractère subsidiaire du système de la Convention* »⁶⁹⁵. Cette disposition se dessine donc comme l'une des composantes essentielles à la mise en œuvre du principe de subsidiarité⁶⁹⁶ et va, de ce fait, conditionner l'applicabilité de la règle de l'épuisement des voies de recours internes.

223. Dans l'arrêt *Demopoulos et autres contre Turquie* du 1^{er} mars 2010, la Cour explique que « *le principe de subsidiarité revêt une importance primordiale pour la protection des droits au niveau interne ; lorsqu'il existe des voies de recours effectives, un requérant est tenu de s'en prévaloir avant d'invoquer le contrôle international de la Cour* »⁶⁹⁷. Le droit à un recours effectif présente donc d'étroites affinités avec l'article 35 § 1 de la Convention comme le notent d'ailleurs de nombreux auteurs⁶⁹⁸. En effet, « *la règle de l'épuisement des voies de recours internes et le droit à un recours effectif sont les deux faces d'une même médaille qui tend à obliger à une mise en œuvre nationale de la Convention* »⁶⁹⁹. La Cour insiste, quant à elle, sur le fait que si « *la finalité de l'article 35 § 1 [...] est de ménager aux Etats contractants l'occasion de prévenir ou de redresser les violations alléguées contre eux avant que la Cour n'en soit saisie, [il] se fonde [alors] sur l'hypothèse, incorporée dans l'article 13, que l'ordre interne offre un recours effectif quant à la violation*

⁶⁹⁴ G. COHEN-JONATHAN, « Réponse aux propos introductifs », in COHEN-JONATHAN Gérard, FLAUSSE Jean-François et LAMBERT-ABDELGAWAD Élisabeth (dir.), *De l'effectivité des recours internes dans l'application de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2006, p. 20.

⁶⁹⁵ Cour EDH, Gde ch., 13 décembre 2012, *De Souza Ribeiro c. France*, req. n°22689/07, § 98 ; JCP G., 2012, n°52, 1420, obs. H. SURREL.

⁶⁹⁶ Cette exigence apparaît d'autant plus essentielle que, dans les premiers temps, le droit à un recours individuel n'était pas reconnu de plein droit mais subordonné à une déclaration formelle d'acceptation des Etats. Depuis l'adoption du Protocole additionnel n°11 du 11 mai 1994 et entré en vigueur le 1^{er} novembre 1998, le droit à un recours individuel est désormais obligatoire et « *figure parmi les clefs de voûte du mécanisme de sauvegarde des droits et libertés* » si bien que « *l'individu s'est vu reconnaître [...] un véritable droit d'action pour faire valoir des droits et libertés qu'il tient directement de la Convention* ». Voir Cour EDH, Gde ch., 4 février 2005, *Mamatkoulou et Askarov c. Turquie*, req. n°46827/99 et al., Rec. 2005-I, § 122 ; RTDH, 2005, n°63, pp. 799-826, comm. P. FRUMER.

⁶⁹⁷ Cour EDH, Gde ch., 1 mars 2010, *Demopoulos et autres c. Turquie*, req. n°46113/99, Rec. 2010, § 101 (souligné par nous) ; *American journal of international law*, 2010, n°104-4, pp. 628-636, note A. SOLOMOU.

⁶⁹⁸ Voir, notamment, J-P. COSTA, *La Cour européenne des droits de l'homme. Des juges pour la liberté*, Dalloz, 2013, p. 73 ; G. ROSOUX, « La règle de l'épuisement des voies de recours internes et le recours au juge constitutionnel : une exhortation aux dialogues des juges », RTDH, n°71, 2007, p. 773, qui affirme que « *la règle procédurale de cet épuisement a pour corollaire une garantie substantielle, celle du droit à un recours effectif prévu par l'article 13 de la Convention* » ; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 12^{ème} édition, 2015, p. 333, qui affirme que l'article 35 § 1 a « *pour corollaire l'obligation faite aux Etats par l'article 13 d'offrir aux individus des voies de recours effectives* ».

⁶⁹⁹ G. ROSOUX, « La règle de l'épuisement des voies de recours internes et le recours au juge constitutionnel : une exhortation aux dialogues des juges », *op. cit.*, p. 774.

alléguée »⁷⁰⁰. Par conséquent et que ce soit dans le cadre de l'article 13 ou de l'article 35 § 1 de la Convention, la notion d'effectivité doit être comprise dans un sens commun⁷⁰¹. Pour preuve, la Cour examine la question de l'effectivité des recours soit sur le terrain de l'article 35 § 1 pour y renvoyer ensuite lors de l'examen au fond, soit en réalisant une analyse unique sur le terrain des deux dispositions⁷⁰².

224. L'imbrication des articles 13 et 35 § 1 étant prouvée, il convient à présent de démontrer que le droit à un recours effectif pose, certes, une garantie d'intervention étatique prioritaire mais aussi et surtout une obligation positive à charge de l'Etat⁷⁰³.

Une garantie étatique d'abord de se prononcer en premier sur la violation potentielle ainsi que de réparer lui-même les conséquences de la violation *via* ses propres voies de recours internes. L'existence de voies effectives corrobore donc l'essence de l'article 35 § 1 de la Convention en ce qu'il participe à sauvegarder la liberté des Etats.

Toutefois, l'article 13 impose également à l'Etat *une obligation positive* de fournir à l'intéressé des recours nationaux effectifs. En effet, pour que la règle de l'épuisement des voies de recours internes soit applicable et imposée au requérant, il faut nécessairement que ces voies soient jugées disponibles et efficaces, c'est-à-dire qu'elles soient à l'initiative du requérant et qu'elles ne constituent ni un recours aléatoire⁷⁰⁴ ni un recours inadéquat⁷⁰⁵. Les

⁷⁰⁰ Cour EDH, Gde ch., 26 octobre 2000, *Kudla c. Pologne*, *op. cit.*, § 152 ; *GACEDH*, n°40 ; Cour EDH, 11 décembre 2012, *Sampani et Autres c. Grèce*, req. n°59608/09, § 58.

⁷⁰¹ Néanmoins, celles-ci ne couvrent pas un champ d'application identique puisque « *les recours auxquels fait référence l'article [35 de la Convention] peuvent inclure des procédures que les Etats ne sont pas obligés de créer* » (voir W. STRASSER, « The relationship between substantive and procedural rights guaranteed by the European Convention of Human Rights », in *Protection des droits de l'Homme : dimension européenne. Mélanges en l'honneur de Gérard J. WIARDA*, Carl Heymanns Verlag, 1998, p. 600). De même, ce n'est pas parce qu'un requérant invoque une violation de l'article 13 qu'il est dispensé de la condition d'épuisement des voies de recours internes, dès lors qu'il existe d'autres voies de recours lui permettant de faire valoir ses droits (voir G. RUSU, *Le droit à un recours effectif au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Thèse de doctorat Droit public, Montpellier 1, 2013, p. 322).

⁷⁰² G. RUSU, *Le droit à un recours effectif au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 317 et 318 où l'auteur cite de nombreux exemples, tels que l'arrêt Cour EDH, 20 janvier 2011, *Makedonski c. Bulgarie*, req. n°36036/04 pour le premier cas et Cour EDH, 2 février 2012, *I.M. c. France*, req. n°9152/09, pour le second cas. Plus récemment, la Cour a également réalisé une analyse unique sur le terrain des deux dispositions dans l'affaire Cour EDH, 21 mai 2015, *Yengo c. France*, req. n°50494/12, § 58 et suiv.

⁷⁰³ Pour cette démonstration, voir G. RUSU, *Le droit à un recours effectif au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 305 et suiv.

⁷⁰⁴ Au sens d'une voie de recours où le succès du requérant est peu probable, soit en raison d'une jurisprudence nationale le vouant à l'échec (voir, en ce sens, Cour EDH, 20 mai 1998, *Gautrin et autres c. France*, req. n°21257/93 et al., Rec. 1998-III ; *JDI*, 1999, n°1, pp. 239-240, note H. MUSCAT) soit en raison de l'absence de jurisprudence attestant de la réalité du recours (s'agissant, par exemple, du recours de plein contentieux devant les juridictions administratives afin d'engager la responsabilité de l'Etat du fait de l'activité du service public pénitentiaire, voir Cour EDH, 29 octobre 2009, *Paradysz c. France*, req. n°17020/05).

Etats ont donc l'obligation de mettre en place des recours pertinents, tous ceux ne permettant pas de redresser concrètement le grief invoqué – que ce soit en raison d'une absence de jurisprudence ou en raison d'une jurisprudence contraire à son succès – étant jugés ineffectifs. L'article 13 a ainsi pour effet « *d'exiger un recours interne habilitant l'instance nationale compétente à connaître du contenu du grief fondé sur la Convention et, de plus, à offrir le redressement approprié* »⁷⁰⁶. Par conséquent, la règle de l'épuisement des voies de recours internes fait supporter à l'Etat la contrainte d'ériger des voies de droit efficaces en droit interne, contrainte qui à elle seule conditionnera l'obligation faite au requérant d'épuiser lesdits recours. Cette exigence de recours effectifs se dessine donc, *in fine*, comme gage mais aussi limite du respect de la subsidiarité en droit européen. Elle se dessine d'autant plus comme une limite que l'article 13 – bien qu'étant une traduction concrète du principe de subsidiarité – ne constitue pas un droit marqué par une reconnaissance accrue de la subsidiarité par le juge européen. En effet, le contrôle de la Cour s'avère relativement poussé sur le terrain de l'effectivité des recours et tend à imposer à l'Etat une mise en œuvre de voies de droit véritablement efficace. Dans l'affaire *De Souza Ribeiro contre France* du 13 décembre 2012⁷⁰⁷ par exemple, le juge européen n'hésite pas à exercer un contrôle rigoureux de l'effectivité des recours disponibles en cas de mesures d'éloignement du territoire. Sans toutefois consacrer un droit à un recours suspensif, il considère en effet que le requérant n'a pas disposé, en pratique, de recours effectifs en raison du très court délai s'étant écoulé entre l'introduction de la demande et la reconduite à la frontière. Malgré l'existence de recours potentiellement effectifs, la Cour condamne donc la France pour ne pas avoir réalisé d'examen attentif et rigoureux des demandes du requérant.

225. Si l'article 13 peut donc apparaître parfois comme une limite au respect du principe de subsidiarité, cela se justifie néanmoins dans la mesure où un tel contrôle permettra *in fine* de disposer de recours effectifs et adéquats qui, eux-mêmes, favoriseront un traitement national des litiges. Par conséquent, émerge de l'article 13 de la Convention, une obligation

⁷⁰⁵ Au sens d'un recours qui n'est pas de nature à redresser les griefs invoqués (voir, en ce sens, s'agissant du recours en réparation d'un dommage alors qu'est en cause un problème de durée excessive d'une détention provisoire, Cour EDH, 27 août 1992, *Tomasi c. France*, req. n°12850/87, série A n°241-A ; *Rev. Sc. crim.*, 1993, n°33, note F. SUDRE).

⁷⁰⁶ O. DE SCHUTTER, « La subsidiarité dans la Convention européenne des droits de l'homme : la dimension procédurale », in M. VERDUSSEN (dir.), *L'Europe de la subsidiarité*, Bruylant, 2000, p. 83.

⁷⁰⁷ Cour EDH, Gde ch., 13 décembre 2012, *De Souza Ribeiro c. France*, req. n°22689/07, *JCP G.*, 2012, n°52, 1420, H. SURREL.

juridique imposée certes à l'Etat mais uniquement dans le but de le responsabiliser⁷⁰⁸ et donc de « *consolider le caractère subsidiaire du contrôle européen* »⁷⁰⁹. A la fois limite et garantie du principe de subsidiarité, l'article 13 « *participe [donc] à l'effectivité d'une garantie subsidiaire des droits individuels et contribue à la réalisation interne de l'obligation conventionnelle* »⁷¹⁰. Cela étant, la règle de l'épuisement des voies de recours internes – du fait de sa subordination à l'exigence d'effectivité – n'en est pas moins dénaturée.

B- Une condition de recevabilité peu à peu dénaturée

226. Traditionnellement, c'est sur le demandeur – et donc le requérant – que pèse la charge de la preuve et donc à lui de démontrer qu'il a bien épuisé ou tenté d'épuiser toutes les possibilités judiciaires disponibles en droit interne pour obtenir réparation des griefs invoqués à l'encontre du Gouvernement. Cette preuve vise donc à montrer que l'Etat – bien qu'il ait eu l'occasion de résoudre le litige – a failli à sa tâche de protecteur des droits de l'homme, d'où la saisine légitime du juge européen.

227. Toutefois, c'est généralement le Gouvernement qui, pour sa défense, va invoquer l'argument tenant à l'absence d'épuisement des voies de recours internes afin d'inviter la Cour à déclarer la requête irrecevable. En conformité avec le principe classique *affirmanti incumbit probatio* – à savoir la preuve incombe à celui qui affirme – et afin de ne pas faire peser une charge trop importante sur le requérant en situation d'infériorité et de vulnérabilité vis-à-vis de la puissance étatique, le juge européen va donc faire peser la charge de la preuve sur le Gouvernement. En effet, la Cour explique que « *lorsque celui-ci [le gouvernement défendeur] excipe du non-épuisement des recours internes, il doit convaincre la Cour que le recours était effectif et disponible tant en théorie qu'en pratique à l'époque des faits, c'est-à-dire qu'il était accessible, susceptible d'offrir au requérant le redressement de ses griefs et présentait des perspectives raisonnables de succès* »⁷¹¹. Ainsi, la condition d'épuisement des

⁷⁰⁸ Ainsi se préfigure déjà la mutation du principe de subsidiarité, désormais source d'obligations juridiques et d'encadrement des Etats membres. Pour plus de détails, voir *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

⁷⁰⁹ S. TOUZE, « La complémentarité procédurale de la garantie conventionnelle », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, édition Nemesis, Anthemis, 2014, p. 68.

⁷¹⁰ *Ibid.*

⁷¹¹ Voir, parmi d'autres, Cour EDH, 17 avril 2014, *Adamantidis c. Grèce*, req. n°10587/10, § 22 ; Cour EDH, 7 avril 2015, *Cestaro c. Italie*, req. n°6884/11, § 150 ; Cour EDH, 9 avril 2015, *A.T. c. Luxembourg*, req. n°30460/13, § 43.

voies de recours internes, parce qu'assujettie à l'exigence d'effectivité des voies de droit à épuiser, doit être prouvée par l'Etat membre, seul maître de la qualité des recours dans son ordre juridique. La preuve visant à démontrer qu'un recours national non épuisé était néanmoins effectif au sens de la Convention, repose donc sur l'autorité publique qui se voit dès lors contrainte à se justifier.

228. De plus, « *lorsque le gouvernement soutient que le requérant aurait pu invoquer directement la Convention devant les tribunaux nationaux, il faut qu'il le démontre par des exemples concrets* »⁷¹². En effet et comme le souligne également une thèse de doctorat⁷¹³, le Gouvernement doit prouver l'existence légale de recours effectifs en étayant ces dires par des exemples tirés de sa pratique ou de la jurisprudence interne et qui doivent à la fois attester de l'effectivité du recours dans le cas d'espèce soumis à la Cour et correspondre à une situation stable, non une décision unique ou isolée⁷¹⁴. Toutefois, à partir du moment où le Gouvernement a apporté la preuve de l'existence de voies effectives et efficaces s'agissant du grief invoqué, c'est à nouveau au requérant de démontrer que, soit il a correctement épuisé ladite voie, soit qu'elle n'était pas appropriée en raison du délai excessif, de son indisponibilité etc. La Cour explique, en effet, que « *c'est au requérant qu'il revient d'établir que le recours évoqué par le gouvernement défendeur a en fait été employé ou bien [...] n'était ni adéquat ni effectif compte tenu des faits de la cause* »⁷¹⁵. Dans ces conditions, « *la charge de la preuve se déplace à nouveau, et il incombe à l'Etat défendeur de montrer quelles mesures il a prises eu égard à l'ampleur et à la gravité des faits dénoncés* »⁷¹⁶. Toutefois, si des doutes subsistent quant à l'effectivité des recours, elle considèrera que le requérant n'a pas épuisé l'ensemble des voies de recours internes puisque « *le simple fait de nourrir des doutes quant aux perspectives de succès d'un recours donné, qui n'est pas de toute évidence*

⁷¹² Voir le Guide pratique sur la recevabilité publié par le Conseil de l'Europe, p. 19, disponible sur : http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_FRA.pdf.

⁷¹³ G. RUSU, Le droit à un recours effectif au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, *op. cit.*, pp. 330 et 331.

⁷¹⁴ Voir, par exemple, Cour EDH, déc., 9 mars 1999, *Slavgorodski c. L'Estonie*, req. n°37043/97 ; Cour EDH, 5 juin 2008, *Sampanis et autres c. Grèce*, req. n°32526/05, § 58 : « *le Gouvernement n'a produit aucun exemple jurisprudentiel propre à démontrer que l'utilisation des recours précités aurait pu entraîner l'annulation de l'omission alléguée* » ; Cour EDH, 24 février 2009, *Abramiuc c. Roumanie*, req. n°37411/02, § 128 : « *La Cour estime dès lors qu'une unique décision, aussi motivée soit-elle, ne suffit pas à elle seule à démontrer l'existence d'une jurisprudence interne établie prouvant l'effectivité du recours examiné* ».

⁷¹⁵ Cour EDH, 13 décembre 2011, *Géorgie c. Russie (II)*, req. n°38263/08, § 91.

⁷¹⁶ Cour EDH, Gde ch., 16 septembre 1996, *Akdivar et autres c. Turquie*, *op. cit.*, § 68.

voué à l'échec, ne constitue pas une raison valable pour justifier la non-utilisation de recours internes »⁷¹⁷.

229. Par conséquent, le fardeau de la preuve concernant l'effectivité des recours à épuiser au sens de l'article 35 § 1 pèse très clairement sur le Gouvernement défendeur. C'est en effet lui qui excipe du non-épuisement des voies de recours internes et donc, à lui, qu'il revient de démontrer que le requérant n'a pas utilisé certaines voies de recours néanmoins effectives et disponibles⁷¹⁸. Du fait de son assujettissement à l'exigence d'effectivité, c'est donc sur l'Etat membre qu'*in fine* pèse la charge de la preuve du non-épuisement des voies de recours internes. Par conséquent, on assiste bien à une dénaturation progressive de cette règle qui, initialement favorable aux Etats, est finalement contraignante à leur égard.

230. Par ailleurs, cette transformation-dénaturation de l'article 35 § 1 est, sur un tout autre terrain, confirmé par deux aspects.

D'une part, ledit article impose aux juridictions nationales – du fait de la condition d'épuisement des griefs – une vigilance accrue quant aux griefs invoqués par le requérant. Pour qu'il y ait épuisement des voies de recours, il faut en effet que le requérant ait soulevé en droit interne le grief sur lequel est ensuite fondé son recours international et ce, afin de permettre aux juridictions nationales de statuer en amont sur la violation alléguée. Toutefois, la jurisprudence européenne n'imposera au justiciable que d'invoquer « en substance »⁷¹⁹ le grief conventionnel et lui concèdera donc la possibilité de soulever un grief seulement équivalent à celui tiré de la Convention. Or, là encore, une telle interprétation apparaît comme une « *potentielle remise en cause de la subsidiarité du contrôle européen* » dès lors qu'elle conduit à « *relativiser l'autonomie d'appréciation du juge national* »⁷²⁰.

⁷¹⁷ Voir, notamment, Cour EDH, Gde ch., 16 septembre 1996, *Akdivar et autres c. Turquie*, *op. cit.*, § 71 ; Cour EDH, Gde ch., 7 novembre 2013, *Vallianatos et autres c. Grèce*, req. n°29381/09, Rec. 2013, § 52 ; *JCP G.*, 2013, n°49, 1281, F. SUDRE ; Cour EDH, 29 avril 2014, *Preda et autres c. Roumanie*, req. n°9584/02, § 112 ; Cour EDH, Gde ch., 25 mars 2014, *Vučković et Autres c. Serbie*, req. n°17153/11, § 74.

⁷¹⁸ Voir, notamment, P. DOURNEAU-JOSETTE, « De l'esprit de la règle de l'épuisement des voies de recours internes dans la CEDH », *Justice et Cassation, Revue annuelle des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation*, 2008, p. 84 et E. PICARD, « Article 26 », *op. cit.*, p. 604.

⁷¹⁹ Com. EDH, déc., 10 mars 1977, *Guzzardi c. Italie*, req. n°7367/76, D.R. 8, p. 185, § 5 ; Cour EDH, Gde ch., 28 avril 2004, *Azinas c. Chypre*, req. n°56679/00, Rec. 2004-III, § 38 ; *JDI*, 2005, n°2, pp. 463-466, note P. TAVERNIER ; Cour EDH, 14 janvier 2016, *Mandet c. France*, req. n°30955/12, §§ 25 et suiv. ; *JCP G.*, 2016, n°11, 305, note T. GARE etc.

⁷²⁰ S. TOUZE, « La complémentarité procédurale de la garantie conventionnelle », *op. cit.*, p. 71. L'auteur précise également que « *la subsidiarité doit normalement conduire à admettre, au profit du juge interne, une capacité d'appréciation de l'opportunité et de la pertinence quant à l'admission des griefs tirés d'une violation* ».

D'autre part, il est possible de noter un assouplissement général de la règle de l'épuisement des voies de recours internes allant dans le sens d'une limitation du principe de subsidiarité que ce soit en raison des différents éléments jusqu'à présent évoqués⁷²¹ ou en raison de l'attitude générale pro-victima de la Cour⁷²². Pour exemple, elle considère que « *si une personne a plusieurs recours internes à sa disposition, elle est en droit d'en choisir un susceptible d'aboutir au redressement de son principal grief. En d'autres termes, lorsqu'une voie de recours a été utilisée, l'usage d'une autre voie dont le but est pratiquement le même n'est pas exigé* »⁷²³.

231. Les exemples pouvant se multiplier à l'infini, il est important de noter que la règle de l'épuisement des voies de recours – véritable traduction procédurale du principe de subsidiarité – est peu à peu dénaturée. Si elle vise originellement à protéger les Etats membres en leur garantissant un droit d'action prioritaire, sa portée n'en est pas moins affaiblie au point que cette règle se dessine parfois, non plus comme une condition, mais une limite au respect de la subsidiarité. Elle fait par ailleurs l'objet d'interrogations, s'agissant des adaptations nécessaires face à l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité, ainsi qu'à l'adhésion prochaine de l'Union européenne à la Convention.

§2- Des interrogations persistantes quant aux adaptations contemporaines et futures de cette règle

232. Deux changements juridiques – l'un effectif l'autre prochain – vont modifier le paysage juridique français et européen. Si, d'une part, la question prioritaire de constitutionnalité a ouvert une nouvelle voie de recours au justiciable pour faire valoir ses droits fondamentaux au regard de la Constitution française et, d'autre part, la prochaine adhésion de l'Union européenne au système conventionnel⁷²⁴ permettra de renforcer la

de la Convention. Elle ne peut qu'être remise en cause si celui-ci n'a pas pu concrètement et effectivement connaître des griefs et procéder ainsi, quand cela s'avère nécessaire, au constat de violation » (voir p. 72).

⁷²¹ Tenant, notamment, à l'obligation de faire simplement un usage normal des recours utiles.

⁷²² F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 12^{ème} édition, 2015, p. 304 et suiv.

⁷²³ Cour EDH, Gde ch., 28 janvier 2014, *O'Keeffe c. Irlande*, req. n°35810/09, § 109 ; *JCP G.*, 2014, n°6, 174, C. PICHERAL.

⁷²⁴ L'actuel projet d'une adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne est prévu à l'article 6 du traité sur l'Union européenne révisé par le traité de Lisbonne ainsi qu'à l'article 59 de la Convention européenne tel qu'amendé par le Protocole additionnel n°14 mais n'est, cependant, pas des plus récents. Voir, entre autres, le Mémorandum de la Commission des Communautés européennes du 4 avril 1979 ; la Résolution 745 de l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe du 29 janvier 1981 ; l'avis 2/94 du 28 mars 1996 de la Cour de

justiciabilité des droits des particuliers et de doter le système d'une exemplarité sans précédent ; l'un comme l'autre vont clairement engendrer des adaptations jurisprudentielles quant à l'exigence d'épuisement des voies de recours internes. Sans revenir sur la portée de ces réformes, il est néanmoins nécessaire d'envisager et d'apprécier les positions de la Cour européenne quant à la question prioritaire de constitutionnalité d'une part, qui pourrait être considérée comme une nouvelle voie de recours à épuiser (A) et quant à l'adhésion de l'Union européenne d'autre part, qui laisse en suspens la question des modalités d'épuisement des voies de recours (B).

A- La question prioritaire de constitutionnalité, une nouvelle voie de recours au sens de l'article 35 § 1?

233. Même si la Cour n'a pas officiellement tranché – à ce jour – la question de savoir si le recours en exception d'inconstitutionnalité est, ou non, une voie de recours au sens de l'article 35 § 1, il est évident qu'« *en l'état actuel de la jurisprudence européenne, la procédure [...] échappe au jeu de l'épuisement des voies de recours internes* »⁷²⁵ (1). Cela étant, il nous semble que, dans l'intérêt de la subsidiarité, il serait souhaitable que la Cour procède à une modification de sa jurisprudence afin d'admettre la question prioritaire de constitutionnalité au titre des voies de recours à épuiser (2).

1- L'état actuel de la jurisprudence européenne contraire à l'épuisement du recours en exception d'inconstitutionnalité

234. De jurisprudence constante, la Cour affirme que « *l'obligation découlant de l'article 35 se limite à celle de faire un usage normal des recours vraisemblablement effectifs, suffisants et accessibles* »⁷²⁶. Si la notion de recours effectifs a précédemment été envisagée, celle d'un « usage normal des recours » doit être précisée et suppose que ces voies de droit soient à l'initiative du requérant afin qu'il puisse s'en prévaloir librement. En effet, la

Justice des Communautés Européennes sur l'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme.

⁷²⁵ F. SUDRE, « Question préjudicielle de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », *RDP*, 2009, p 671.

⁷²⁶ Voir, parmi d'autres, Cour EDH, 20 février 1991, *Vernillo c. France*, req. n°11889/85, série A n°198, § 27 ; Cour EDH, 8 janvier 2013, *Torreggiani et autres c. Italie*, req. n°43517/09, § 48 ; Cour EDH, 9 avril 2015, *A.T. c. Luxembourg*, req. n°30460/13, § 43.

Commission européenne a très tôt affirmé dans l'affaire *Sargin et Yagci contre Turquie*⁷²⁷ que le recours devant un juge constitutionnel ne constitue pas un recours accessible dès lors qu'il revient à un tribunal national d'apprécier souverainement le caractère sérieux de l'exception d'inconstitutionnalité conditionnant sa transmission à la Cour constitutionnelle. Cette approche sera notamment confirmée par la Cour européenne dans une affaire *Spadea et Scalabrino contre Italie* où elle explique que « *dans le système juridique italien un individu ne jouit pas d'un accès direct à la Cour constitutionnelle pour l'inviter à vérifier la constitutionnalité d'une loi ; seule a la faculté de la saisir, à la requête d'un plaideur ou d'office, une juridiction qui connaît du fond d'une affaire. Dès lors, pareille demande ne saurait s'analyser en un recours dont l'article 26 [nouvellement article 35] exige l'épuisement* »⁷²⁸. Quelques années plus tard, dans l'arrêt *Pantea contre Roumanie*, elle précise que l'intéressé doit avoir la possibilité de « *déclencher lui-même la procédure de recours* »⁷²⁹ et conclut que, dans l'hypothèse où le requérant ne peut pas directement saisir la Cour constitutionnelle⁷³⁰, un tel recours n'est dès lors pas accessible au sens de l'article 35 § 1 de la Convention. Or, cette solution apparaît directement transposable au cas de la question prioritaire de constitutionnalité⁷³¹ dans la mesure où un filtrage est exercé d'une part, par les juges du fond et d'autre part, par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, les justiciables ne disposant donc que d'une saisine indirecte du Conseil constitutionnel.

235. Du fait de ce mécanisme de double filtre et en l'état de la jurisprudence actuelle, la question prioritaire de constitutionnalité ne peut donc être considérée comme un recours accessible devant être épuisé au sens de l'article 35 § 1. Pourtant, il nous semble qu'au regard d'un plus grand respect du principe de subsidiarité, la question prioritaire de constitutionnalité devrait être encouragée et considérée par la Cour comme une nouvelle voie de recours interne.

2- Une jurisprudence à réviser dans l'intérêt du principe de subsidiarité

236. A partir du moment où il existe une réelle concordance des catalogues des droits fondamentaux doublée d'une équivalence générale des protections constitutionnelle et

⁷²⁷ Com. EDH, 11 mai 1989, *Sargin et Yagci c. Turquie*, req. n°14116/88 et 14117/88, D.R. No. 61, p. 268. Voir, dans le même sens, Com. EDH, 19 décembre 1989, *Brozicek c. Italie*, req. n°10964/84, série A n°167, § 34.

⁷²⁸ Cour EDH, *Spadea et Scalabrino c. Italie*, 28 septembre 1995, req. n°12868/87, § 24 ; *AJDA*, 1995, n°3, p. 212, Chron. J-F FLAUS.

⁷²⁹ Cour EDH, déc., 6 mars 2001, *Pantea c. Roumanie*, req. n°33343/96, Rec. 2003-VI.

⁷³⁰ *Ibid.*

⁷³¹ Voir, en ce sens, F. SUDRE, « Question préjudicielle de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p 671.

conventionnelle (a), il serait de toute évidence souhaitable de poser une question prioritaire de constitutionnalité aux juges du fond, avant toute saisine du juge européen, en vue d'une réaffirmation nécessaire du principe de subsidiarité (b).

a- Le constat d'une équivalence des protections comme facteur favorable à l'épuisement préalable du recours en exception d'inconstitutionnalité

237. Considérer la question prioritaire de constitutionnalité comme une nouvelle voie de recours devant être épuisée avant toute saisine du juge européen suppose de vérifier qu'il existe bien une concordance des catalogues des droits fondamentaux d'une part, permettant une équivalence des protections constitutionnelle et conventionnelle⁷³² d'autre part.

Concernant tout d'abord la ressemblance des deux catalogues des droits fondamentaux⁷³³, il est clair qu'il existe une évidente correspondance en substance des droits fondamentaux constitutionnels et conventionnels⁷³⁴ au point, d'ailleurs, que certains auteurs y voient une véritable « *superposition des droits fondamentaux constitutionnels et des droits fondamentaux conventionnels* »⁷³⁵. D'autres considèrent même que la similitude des questions abordées par le Conseil constitutionnel – sous l'angle de la question prioritaire de constitutionnalité – et par la Cour européenne – sous l'angle du recours individuel – est telle qu'elle n'est plus à démontrer⁷³⁶. Même si le Conseil refuse toujours d'exercer un quelconque contrôle de conventionnalité, la question prioritaire de constitutionnalité peut donc être considérée comme une voie de droit préalable au recours européen et ce, pour deux raisons. D'une part, la Cour n'exige qu'un épuisement « en substance » des griefs invoqués par la

⁷³² A ce sujet, voir notamment, R. TINIERE, « QPC et droit européen des droits de l'homme, entre équivalence et complémentarité », *RFDA*, 2012, p. 621 et suiv. ; D. SZYMCAK, « L'eupéanisation des griefs d'inconstitutionnalité : les droits-garanties dans la jurisprudence QPC du Conseil constitutionnel », *NCCC*, 2013, pp. 259- 263.

⁷³³ Voir, entre autres, O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « La Convention européenne et le Conseil constitutionnel », *RIDC*, 2-2008, pp. 293-303, où l'auteur affirme que si, en raison de sa date, la Convention européenne comporte certains droits qui ne figurent pas dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, à l'inverse, tous les droits garantis par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen figurent dans la Convention européenne.

⁷³⁴ Que ce soit s'agissant du droit à la liberté et à la sûreté dont les garanties découlent des articles 5 de la Convention et 66 de la Constitution, du droit de mener une vie familiale normale consacré à l'article 8 de la Convention et au dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, des garanties d'indépendance et d'impartialité découlant de l'article 6 de la Convention et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen etc.

⁷³⁵ M. MELCHIOR, « Les cours constitutionnelles et l'épuisement des voies de recours interne au regard de la Convention Européenne des Droits de l'Homme », in *Mélanges offerts à Silvio Marcus HELMONS, avancées et confins actuels des droits de l'homme aux niveaux international, européen et national*, Bruylant, 2003, p. 235.

⁷³⁶ D. SZYMCAK, « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention EDH : l'eupéanisation heurtée du Conseil constitutionnel français », *Revue de droit politique*, n°7, 2012, pp. 12-13.

suite devant elle et n'impose donc pas de soulever un grief expressément tiré de la Convention. D'autre part, il existe bien une coïncidence des droits protégés au titre de la Convention et de la Constitution.

S'agissant ensuite du constat d'une convergence des contrôles et d'une équivalence des protections, il est évident que même si le Conseil refuse de citer expressément les arrêts strasbourgeois, il veille néanmoins à ce que « *son contrôle soit pleinement cohérent avec celui de la Cour de Strasbourg* »⁷³⁷. Cette équivalence des niveaux de protection a pu être constatée, s'agissant du domaine des lois de validation, dès la décision 2010-2 QPC⁷³⁸ relative au contentieux Perruche⁷³⁹. Elle est d'autant plus évidente depuis la décision 2013-366 QPC⁷⁴⁰ relative à la validation législative des délibérations des syndicats mixtes qui marque – par l'adoption du qualificatif européen « d'impérieux » motif d'intérêt général – la pleine adhésion du Conseil à la jurisprudence européenne⁷⁴¹. Cette équivalence des protections se verra, par ailleurs, confirmée dans des domaines divers et variés tels que le droit à la liberté d'expression⁷⁴², le respect de la vie privée et familiale⁷⁴³ ou encore le droit à la liberté et à la

⁷³⁷ M. GUILLAUME, « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », in *La conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA*, Dalloz, 2011, p. 304.

⁷³⁸ Voir la décision *Mme Vivianne L.* où le Conseil Constitutionnel censure le caractère rétroactif de la loi du 4 mars 2002 à l'exemple de la Cour qui, dans les arrêts *Cour Maurice contre France* et *Draon contre France*, l'avait jugé – sur le fondement de l'article 1^{er} du Protocole n°1 – non conforme à la Convention en raison de sa rétroactivité (décision n°2010-2 QPC du 11 juin 2010, *Mme Vivianne L.* [Loi dite "anti-Perruche"] et Cour EDH, Gde ch., 6 octobre 2005, *Maurice c. France*, req. n°11810/03, et *Draon c. France*, req. n°1513/03, Rec. 2006-IX).

⁷³⁹ Voir, notamment, les arrêts du CE, section, 14 février 1997, *Centre Hospitalier de Nice contre Epoux Quarez*, req. n°133238, Rec. Lebon p. 44 et Cass., Ass. Plénière, 17 novembre 2000, *Nicolas Perruche*, pourvoi n°99-13701, Bull. n°9, p. 15.

⁷⁴⁰ Voir la décision n°2013-366 QPC, 14 février 2014, *SELARL PJA, ès qualités de liquidateur de la société Maflow France* [Validation législative des délibérations des syndicats mixtes instituant le « versement transport »].

⁷⁴¹ Voir, en ce sens, A. ROBLOT-TROIZIER, « Validation législative : le Conseil constitutionnel se soumet pour renforcer l'autorité de sa jurisprudence, Chronique de jurisprudence - Droit administratif et droit constitutionnel », *RFDA*, 2014, p. 589.

⁷⁴² Voir, notamment, la décision n°2011-131 QPC, 20 mai 2011, *Mme Térésa C. et autre* [Exception de vérité des faits diffamatoires de plus de dix ans] où le Conseil déclare le cinquième alinéa de l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 contraire à la Constitution en raison du caractère général et absolu de cette interdiction, à l'exemple de la jurisprudence *Mamère contre France* (Cour EDH, 7 novembre 2006, *Mamère c. France*, req. n°12697/03). Voir également la décision n°2013-319 QPC, 07 juin 2013, *M. Philippe B.* [Exception de vérité des faits diffamatoires constituant une infraction amnistiée ou prescrite, ou ayant donné lieu à une condamnation effacée par la réhabilitation ou la révision] où le Conseil déclare l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 contraire à l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et confirme un niveau de protection manifestement équivalent à celui de la Cour européenne (notamment posé dans l'affaire *Mamère*).

⁷⁴³ Voir, par exemple, la décision n°2012-248 QPC, 16 mai 2012, *M. Mathieu E.*, dans laquelle le Conseil déclare les articles L. 147-6 et L. 222-6 du Code de l'action sociale et des familles (relatifs à l'accès aux origines personnelles) conformes à la Constitution et offre donc un raisonnement et une solution identiques à celle du juge européen dans les affaires *Odièvre contre France* et *Godelli contre Italie* (Cour EDH, Gde ch., 13 février 2003, *Odièvre c. France*, req. n°42326/98 et Cour EDH, 25 septembre 2012, *Godelli c. Italie*, req. n°33783/09). Voir également la décision n°2010-92 QPC, 28 janvier 2011, *Mme Corinne C. et autre* [Interdiction du mariage

sûreté⁷⁴⁴ et ce, malgré l'existence de décisions ponctuellement en deçà du standard conventionnel⁷⁴⁵.

238. Par conséquent, et même si « *la constitutionnalité d'un acte ne vaut pas présomption de sa conventionnalité* »⁷⁴⁶, la correspondance des droits constitutionnel et conventionnel ainsi que la convergence des contrôles et niveaux de protection, sont autant de prémices qui rendent l'appréciation de la question prioritaire de constitutionnalité comme nouvelle voie de recours possible. L'objectif d'un renforcement du principe de subsidiarité reste néanmoins le réel moteur d'une possible évolution de la jurisprudence.

b- L'objectif d'un renforcement du principe de subsidiarité comme argument justifiant l'épuisement préalable du recours en exception d'inconstitutionnalité

239. L'actuelle jurisprudence européenne relative à l'article 35 § 1 de la Convention ne fait pas suffisamment place au principe de subsidiarité, tel est le constat tiré par le secrétaire général du Conseil constitutionnel Marc GUILLAUME⁷⁴⁷. Pour y remédier, il faudrait donc appliquer le « *principe de subsidiarité juridictionnelle* »⁷⁴⁸, c'est-à-dire imposer

entre personnes de même sexe] dont le niveau de protection apparaît équivalent à celui de la Cour européenne notamment depuis l'arrêt *Schalk et Kopf contre Autriche* (Cour EDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, req. n°30141/04).

⁷⁴⁴ Voir, notamment, la décision n°2011-135/140 QPC, 9 juin 2011, *M. Abdellatif B. et autre* [Hospitalisation d'office] concernant la protection de la liberté individuelle et l'obligation pour le juge de statuer dans « *les plus brefs délais* » sur les demandes de sortie, et où le raisonnement apparaît sensiblement comparable à celui de la Cour européenne dans les affaires *L.R. contre France* (Cour EDH, 27 juin 2002, *L.R. c. France*, req. n° 33395/96, §§ 34-38), *Mathieu contre France* (Cour EDH, 27 octobre 2005, *Mathieu c. France*, req. n° 68673/01, §§ 32-39) et *Patoux contre France* (Cour EDH, 14 avril 2011, *Patoux c. France*, req. n° 35079/06, §§ 71-77). Voir également la décision n°2012-235 QPC, 20 avril 2012, *Association Cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie* [Dispositions relatives aux soins psychiatriques sans consentement], conforme à l'état de la jurisprudence européenne et, notamment, aux arrêts *Winterwerp contre Pays-Bas*, *Baudoin contre France et Patoux contre France* (Cour EDH, 24 octobre 1979, *Winterwerp c. Pays-Bas*, req. n°6301/73 ; Cour EDH, 18 novembre 2010, *Baudoin c. France*, req. n°35935/03 et Cour EDH, 14 avril 2011, *Patoux c. France*, req. n°35079/06).

⁷⁴⁵ Voir notamment, dans ce sens, la décision n°2011-173 QPC, 30 septembre 2011, *M. Louis C. et autres* [Conditions de réalisation des expertises génétiques sur une personne décédée à des fins d'actions en matière de filiation] ; la décision n°2011-138 QPC, 17 juin 2011, *Association Vivraviry* [Recours des associations] ; la décision n°2011-224 QPC, 24 février 2012, *Coordination pour la sauvegarde du bois de Boulogne* [Validation législative de permis de construire] ; la décision n°2012-226 QPC, 6 avril 2012, *Consorts T.* [Conditions de prise de possession d'un bien ayant fait l'objet d'une expropriation pour cause d'utilité publique].

⁷⁴⁶ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Le principe de subsidiarité, quel avenir ? », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, édition Nemesis, Anthemis, 2014, p. 362.

⁷⁴⁷ M. GUILLAUME, « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 303.

⁷⁴⁸ P. STEINMETZ, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », Visite du Président et d'une délégation de la Cour européenne des droits de l'homme au Conseil constitutionnel, le 13 février 2009, p. 3, disponible sur :

que toute affaire portée devant la Cour soit nécessairement examinée en amont par le Conseil constitutionnel. Exiger l'épuisement du recours constitutionnel offrirait ainsi à l'Etat, « *une chance supplémentaire de voir régler le conflit dans l'ordre juridique interne, ce qui correspond au caractère subsidiaire de l'intervention de la Cour européenne des droits de l'homme* »⁷⁴⁹.

240. Dans cette perspective, l'argument tiré des affaires Spadea et Scalabrino contre Italie ou Pantea contre Roumanie – et selon lequel « *l'intéressé doit être en mesure de déclencher lui-même la procédure de recours* »⁷⁵⁰ – devrait être toutefois solutionné. Marc GUILLAUME explique, à ce sujet, que la jurisprudence relative au recours constitutionnel italien ne devrait pas être perçue comme directement transposable au cas français, dans la mesure où poser une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil n'est pas une simple « faculté » des juges *a quo*, mais bien un droit à disposition de tous les justiciables. En effet, « *c'est un recours dont il actionne lui-même le déclenchement, sans préjudice de l'attitude qu'adoptera la juridiction de droit commun* »⁷⁵¹. Pèse par ailleurs sur les juges du fond, une obligation de transmission au juge constitutionnel dès lors que les conditions posées par la loi organique sont remplies⁷⁵². A ce sujet, on ne peut toutefois pas ignorer, qu'en l'état de la jurisprudence nationale contemporaine, l'attitude du Conseil d'Etat ou de la Cour de Cassation – consistant à faire trop souvent blocage et à refuser de transmettre des questions *a priori* sérieuses au Conseil Constitutionnel⁷⁵³ – pose un problème quant à l'effectivité de cette voie de recours au sens de l'article 13 de la Convention. En effet, le manque de régularité des juridictions suprêmes dans la transmission des questions, laisse inévitablement planer un

http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/cedh_130209_psteinmetz.pdf.

⁷⁴⁹ M. MELCHIOR, « Les cours constitutionnelles et l'épuisement des voies de recours interne au regard de la Convention Européenne des Droits de l'Homme », in *Mélanges offerts à Silvio Marcus HELMONS, avancées et confins actuels des droits de l'homme aux niveaux international, européen et national*, Bruylant, 2003, p. 235.

⁷⁵⁰ Cour EDH, déc., 6 mars 2001, *Pantea c. Roumanie*, req. n°33343/96, Rec. 2003-VI.

⁷⁵¹ M. MELCHIOR, « Les cours constitutionnelles et l'épuisement des voies de recours interne au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 240. Voir également E. PICARD, « Article 26 », *op. cit.*, p. 604, qui explique, qu'ainsi, « *toute sorte de recours peut être a priori considérée comme accessible, même si c'est un recours constitutionnel, pourvu que le requérant ait été en mesure de l'exercer, ou pourvu qu'il ait été en droit de provoquer son exercice* ».

⁷⁵² M. GUILLAUME, « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 307.

⁷⁵³ Voir, parmi d'autres, B. DE LAMY, « QPC : refus de transmission », *RSC*, 2011, p. 178 et suiv. ; J-P FOEGLE et S. SLAMA, « Refus de transmission d'une QPC sur la protection des fonctionnaires lanceurs d'alerte », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 14 mars 2014. URL : <http://revdh.revues.org/628> ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Refus de transmission d'une QPC », *Droit de la famille*, 2012, n° 11, comm. 166 ; C. RADE et P. GERVIER, « Nouveau refus de transmission d'une QPC concernant le statut des salariés protégés : quand la Cour de cassation est à la fois juge et partie... », *Constitutions*, 2013, p. 240 et suiv.

doute sur le caractère utile de ce recours puisque manquant parfois d'efficacité et donc de réalité. La Cour européenne a toutefois validé ladite procédure de filtrage des QPC qui n'est donc pas contraire au droit d'accès à un tribunal, garanti par l'article 6 § 1 de la Convention, dès lors que la décision de refus est correctement motivée sur la base des critères de non-renvoi prévus par la procédure⁷⁵⁴.

241. Par conséquent, s'il reste délicat d'imposer au requérant d'obtenir une décision du Conseil Constitutionnel puisque la transmission de sa requête dépend du pouvoir d'appréciation des juges du fond, il pourrait cependant lui être demandé d'au moins soulever le moyen d'une inconstitutionnalité, la Constitution et son préambule étant susceptibles d'apporter un redressement adéquat au grief invoqué. Cette approche rejoindrait d'ailleurs une très ancienne jurisprudence de la Commission européenne *Sacchi contre Italie*⁷⁵⁵, selon laquelle chaque fois qu'un requérant se trouve confronté à une affaire où une question de légitimité constitutionnelle se pose et que cette question concerne en substance la violation d'un des droits garantis au titre de la Convention, il incombe au requérant de soulever cette question avant de s'adresser à la Commission. De ce fait, il n'y aura épuisement des voies de recours internes que « *si la demande par laquelle il soulève la question constitutionnelle est rejetée ou après que la Cour constitutionnelle se soit prononcée* »⁷⁵⁶. L'idée d'épuisement des voies de recours n'impliquerait donc pas que le Conseil soit nécessairement saisi mais seulement que le justiciable ait fait œuvre de son aptitude à poser une question prioritaire de constitutionnalité aux juges du fond.

C'est notamment ce que suggère la Cour lorsqu'elle affirme que, face à « *un système juridique prévu pour la protection des droits et libertés fondamentaux, il incombe à l'individu qui se considère comme victime de tester les limites de cette protection* »⁷⁵⁷. Ce n'est que dans un second temps que la Cour européenne appréciera s'il s'agissait ou non d'un recours utile.

⁷⁵⁴ Cour EDH, déc., 25 Août 2015, *Renard et autres c. France*, req. n°3569/12 et al. ; *JCP G.*, 2015, n° 46-47, 1257, note F. SUDRE.

⁷⁵⁵ Com. EDH, 13 mars 1976, *Sacchi c. Italie*, req. n°6452/74, D.R. 5, p. 43. Michel MELCHIOR – dans son article « Les Cours constitutionnelles et l'épuisement des voies de recours interne au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Avancées et confins actuels des Droits de l'Homme aux niveaux international, européen et national, mélanges offerts à Silvio Marcus Helmons*, Bruylant, 2003, pp. 231-241, spéc. pp. 239-241 – apprécie d'ailleurs cette jurisprudence comme pleinement conforme aux exigences découlant du principe de subsidiarité.

⁷⁵⁶ *Ibid.*

⁷⁵⁷ Cour EDH, déc., 30 avril 2013, *Uzun c. Turquie*, req. n°10755/13, § 42 ; *Constitutions*, 2013, pp. 192-194, A. LEVADE. Notons toutefois qu'était en cause, dans cette affaire, une saisine directe du juge constitutionnel.

Une telle évolution de la jurisprudence semble également envisageable au vue de la motivation de la Cour dans l'affaire Parrillo contre Italie du 27 Août 2015⁷⁵⁸. Si le juge européen confirme en l'espèce que la voie constitutionnelle italienne ne peut-être, pour l'instant, appréhendée telle une voie de droit à épuiser dès lors que le justiciable ne jouit pas d'un accès direct à la Cour constitutionnelle⁷⁵⁹, elle semble toutefois porter un regard bienveillant et attentif aux changements de jurisprudences internes tendant à imposer aux juges du fond une obligation de soulever une question de constitutionnalité lorsqu'il existe des doutes quant à la compatibilité de la norme interne avec la Convention⁷⁶⁰. En effet, la Cour insiste sur le fait que, « *dans des matières autres que la procréation médicalement assistée, nombreuses ont été les décisions dans lesquelles la Cour constitutionnelle a conclu à l'inconstitutionnalité d'une norme interne sur la base, entre autres, de l'incompatibilité de celle-ci avec les droits garantis par la Convention et la jurisprudence de la Cour* »⁷⁶¹. Ainsi, si elle conclut que dans le domaine spécifique de la donation d'embryons à la recherche médicale, la question de constitutionnalité ne pouvait s'analyser en une voie de recours à épuiser⁷⁶², elle n'écarter pas définitivement l'hypothèse d'un changement de la jurisprudence s'agissant d'autres matières, à propos desquelles une jurisprudence et pratique établies existent pour attester de la véracité du devoir des juges du fond de poser ou transmettre à la Cour constitutionnelle, la fameuse question de constitutionnalité.

242. Il est par ailleurs indéniable qu'« *une intégration du contrôle de constitutionnalité dans la catégorie des recours devant être épuisés [...] donne[rait] au principe de subsidiarité toute sa dimension de régulation de la protection des droits de l'homme en Europe* »⁷⁶³. En effet, apprécier la question prioritaire de constitutionnalité comme une nouvelle voie de recours au sens de l'article 35 § 1 permettrait très clairement de renforcer le caractère subsidiaire du système juridictionnel de la Convention et ce, pour deux raisons principales.

⁷⁵⁸ Cour EDH, Gde ch., 27 Août 2015, *Parrillo c. Italie*, req. n°46470/11 ; *JCP G.*, 2015, n°38, p. 1630, obs. A. SCHAMANECHÉ ; *JCP G.*, 2015, n°44, pp. 1998-2002, comm. G. LOISEAU ; *GP*, 2015, n°259-260, p. 31, note C. BERLAUD.

⁷⁵⁹ *Ibid.*, § 101.

⁷⁶⁰ *Ibid.*, §§ 89, 102.

⁷⁶¹ *Ibid.*, § 103.

⁷⁶² *Ibid.*, § 104.

⁷⁶³ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Le principe de subsidiarité, quel avenir ? », *op. cit.*, p. 361.

D'une part, cela favoriserait la protection des droits fondamentaux en droit interne et permettrait donc d'alléger l'important contentieux qui engorge le prétoire strasbourgeois⁷⁶⁴, d'autant que nombreux des Etats membres disposent d'un tel mécanisme d'exception d'inconstitutionnalité. Le fait que le Conseil constitutionnel français refuse d'exercer un contrôle de conventionnalité n'est d'ailleurs pas, en soit, un obstacle à la reconnaissance de cette procédure comme nouvelle voie de droit, il ne permet simplement pas une garantie de la subsidiarité juridictionnelle au sens strict voulant que le juge interne soit le juge conventionnel de droit commun⁷⁶⁵. Il n'en reste pas moins que le Conseil Constitutionnel jouit d'une place privilégiée en tant que défenseur des droits de l'homme. Cela permettrait, par ailleurs, une véritable prévention des violations des droits fondamentaux, d'autant plus efficace que « *l'article 62 de la Constitution permet au Conseil d'abroger la disposition législative jugée contraire à la Constitution et de préciser dans le temps les effets de ses décisions* »⁷⁶⁶ contrairement à la Cour dont les arrêts n'ont qu'une force déclaratoire⁷⁶⁷.

D'autre part, considérer la question prioritaire de constitutionnalité comme une nouvelle voie de recours contribuerait manifestement à renforcer la confiance nécessaire de la Cour dans le rôle de protecteur des droits fondamentaux des juridictions nationales ainsi qu'à promouvoir une participation renforcée des juridictions et Cours constitutionnelles nationales à la protection des droits de l'homme. Pour toutes ces raisons, considérer la question prioritaire de constitutionnalité comme une voie de recours à épuiser au sens de l'article 35 § 1, serait donc grandement bénéfique au fonctionnement du système européen qui – rappelons-le – repose sur le principe de subsidiarité. D'autres interrogations se posent quant à la future adhésion de l'Union européenne à la Convention.

⁷⁶⁴ Pour exemple, 111 350 requêtes étaient pendantes au 30 septembre 2013.

⁷⁶⁵ Voir *infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, § 1.

⁷⁶⁶ M. GUILLAUME, « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 304.

⁷⁶⁷ Voir, en ce sens, l'article 46 de la Convention européenne des droits de l'homme et, pour exemple, l'affaire Cour EDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n°6833/74, série A n°31, § 58 ; *GACEDH*, n°51, où la Cour explique qu'elle « ne saurait annuler ou abroger par elle-même les dispositions litigieuses : déclaratoire pour l'essentiel, elle laisse à l'État le choix des moyens à utiliser dans son ordre juridique interne pour s'acquitter de l'obligation qui découle pour lui de l'article 53 » (devenu l'article 46).

B- Les particularités de la règle de l'épuisement des voies de recours en cas d'adhésion de l'Union européenne à la Convention

243. Si l'aboutissement concret d'un tel projet, envisagé dès les années 1979 par la Commission européenne, peut sembler particulièrement compromis depuis l'avis négatif 2/2013 de la Cour de justice⁷⁶⁸ sur le projet d'accord d'adhésion adopté le 5 avril 2013⁷⁶⁹, il n'en reste pas moins que « *l'idée de faire adhérer l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme compte sans nul doute parmi les grands projets juridiques européens* »⁷⁷⁰. Bien qu'incertaine, une telle possibilité – figurant qui plus est aux articles 6 du traité sur l'Union européenne⁷⁷¹ et 59 de la Convention européenne⁷⁷² – nous semble donc devoir être envisagée. Or, en raison de la spécificité du système d'intégration de l'Union européenne et dans la mesure où les actes de l'Union pourront être directement attaqués par des particuliers dans le cadre d'une requête individuelle, se pose la question des modalités d'application de la règle de l'épuisement des voies de recours internes dans le cadre de ce contentieux. Dans cette optique, Jean-Paul COSTA et Vassilios SKOURIS ont souligné – lors d'une déclaration commune le 17 janvier 2011⁷⁷³ – la nécessité de faire une distinction (bien que non expressément reprise par le projet d'accord d'adhésion) entre les actions dites directes (1), c'est-à-dire, les requêtes dirigées contre un acte directement adopté par l'Union européenne et les actions dites indirectes (2), c'est-à-dire, les requêtes dirigées contre des actes nationaux pris en application du droit de l'Union.

⁷⁶⁸ CJUE, Ass. Pl., 18 décembre 2014, Avis 2/13 ; *RFDA*, 2015, p. 3, comm. H. LABAYLE et F. SUDRE ; *RDLF*, 2015, chron. n°09, comm. É. DUBOUT ; *RDLF*, 2015, chron. n°13, comm. S. PLATON.

⁷⁶⁹ Voir le Rapport final au CDDH, Cinquième réunion de négociation entre le groupe de négociation ad hoc du CDDH et la Commission européenne sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, à Strasbourg les 3, 4 et 5 avril 2013, disponible sur : http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting_reports/47_1%282013%29008rev2_FR.pdf.

⁷⁷⁰ D. SPIELMANN, discours sur « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », Réunion conjointe de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme, Réseau des présidents des Cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne, Helsinki, 6 septembre 2013, p. 1, disponible sur : http://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20130906_Spielmann_Helsinki_FRA.pdf.

⁷⁷¹ L'article 6 § 2 du traité sur l'Union européenne tel que révisé par le traité de Lisbonne stipule que : « *L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités* ».

⁷⁷² L'article 59 § 2 de la Convention européenne tel qu'amendé par le Protocole additionnel n°14 stipule que : « *L'Union européenne peut adhérer à la présente Convention* ».

⁷⁷³ J-P. COSTA et V. SKOURIS, « Communication commune des présidents COSTA et SKOURIS », *RTDE*, 2011, n°1, pp. 39-40.

1- L'hypothèse d'un épuisement des voies de recours internes en cas d'actions directes

244. Si l'hypothèse d'une action directe ne paraît pas, selon Jean-Paul COSTA et Vassilios SKOURIS, engendrer de difficultés dans la mesure où le justiciable devra de manière classique « *saisir au préalable les juridictions de l'Union* »⁷⁷⁴ et ce, afin de garantir que « *le contrôle exercé par la Cour européenne sera précédé par le contrôle interne effectué par la Cour de justice ; la subsidiarité [étant ainsi] respectée* »⁷⁷⁵, il nous semble toutefois que quelques remarques s'imposent.

245. En effet, contraindre le justiciable à une saisine préalable des juridictions de l'Union « *dans les conditions prévues par cette dernière* »⁷⁷⁶, suppose de s'interroger brièvement sur la disponibilité réelle des recours pouvant être introduits par un particulier contre un acte communautaire contraire au droit de l'Union ou aux droits fondamentaux. Des recours directs peuvent ainsi être formés par les personnes physiques ou morales contre les actes des institutions auprès du Tribunal de l'Union européenne. Toutefois, seuls deux recours apparaissent véritablement pertinents pour demander l'annulation d'un acte contraire aux droits de l'homme, à savoir le recours en annulation et le recours en carence (à supposer d'ailleurs qu'une abstention puisse constituer une violation de la Convention au titre des obligations positives). Le recours en réparation et le recours en responsabilité extracontractuelle ne sont pas, quant à eux, pleinement satisfaisants puisqu'ils visent à obtenir, non pas l'annulation de la mesure, mais la réparation du préjudice. De même s'agissant de l'exception d'illégalité qui, en tant que procédure incidente, conduira les juridictions de l'Union à déclarer l'acte inapplicable au cas d'espèce, sans qu'il leur soit possible de l'annuler.

Concernant le recours en annulation, celui-ci apparaît être l'un des recours directs faisant l'objet de conditions de recevabilité les plus restreintes, lorsque introduit par un particulier. En effet, sa recevabilité se verra subordonnée au fait que le requérant ordinaire ait été directement et individuellement affecté par l'acte en cause⁷⁷⁷. Dès lors, si les directives européennes peuvent vraisemblablement être visées par ce recours, les règlements sont quant

⁷⁷⁴ *Ibid.*, p. 39.

⁷⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷⁷ CJCE, 15 juillet 1963, *Plaumann & Co. c. Commission*, aff. 25/62, Rec., p. 199 ; TPIUE, 3 mai 2002, *Jégo-Quéré et Cie SA c. Commission*, T-177/01, Rec. II-2365 ; CJCE, 25 juillet 2002, *Union de Pequeños Agricultores*, C-50/00 P, Rec. I. p. 6677.

à eux bien plus délicats à attaquer, notamment lorsqu'ils sont auto-suffisants et qu'ils ne nécessitent donc pas de mesure nationale d'application dont l'illégalité pourrait être soumise au juge national⁷⁷⁸.

Concernant ensuite le recours en carence, le Tribunal a précisé « *que les particuliers ne peuvent se prévaloir de l'article 265, troisième alinéa, TFUE qu'en vue de faire constater qu'une institution s'est abstenue d'adopter, en violation du traité, des actes, autres que des recommandations ou des avis, dont elles sont les destinataires potentiels ou qui concerneraient lesdites personnes de manière directe et le cas échéant individuelle conformément à l'article 263 TFUE* »⁷⁷⁹. De substantielles limites viennent donc également réduire l'accès et la disponibilité de ce recours pour les particuliers, qui ne peuvent dès lors pas agir contre le défaut d'adoption d'un acte non obligatoire ne les visant pas directement, et rejoignent ainsi les strictes conditions de recevabilité du recours en annulation.

246. Par conséquent, garantir une intervention préalable et systématique du juge de Luxembourg dans l'objectif d'un respect effectif du principe de subsidiarité ne nous semble pas si évident dans l'hypothèse d'une requête individuelle directement dirigée contre un acte de l'Union. Il en va de même s'agissant des actions dites indirectes.

2- L'hypothèse d'un épuisement des voies de recours internes en cas d'actions indirectes

247. Dans l'hypothèse de requêtes dirigées contre des actes nationaux d'application du droit de l'Union, un respect de la règle conventionnelle de l'épuisement des voies de recours internes sera encore plus délicat. En effet et comme le souligne la déclaration commune, ce type d'action imposera au justiciable une simple saisine des juridictions nationales sans que celles-ci ne soient obligatoirement tenues de saisir, à leur tour, la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel en interprétation ou appréciation de validité.

⁷⁷⁸ Notons que si l'article 263 alinéa 4 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne prévoit, désormais, que le requérant ordinaire pourra former un recours en annulation contre un acte réglementaire auto-suffisant seulement si celui-ci le concerne directement. Certaines précisions ont notamment été apportées par l'arrêt CJUE, Gde. ch., 19 décembre 2013, *Telefónica SA c. Commission européenne*, aff. C-274/12 P ; *ADJA*, 2014, n°10, p. 548, comm. L. COUTRON. Il n'en reste pas moins que ce recours est particulièrement restrictif dès lors qu'une fois la recevabilité admise, le requérant devra s'attacher à démontrer l'existence d'une violation suffisamment caractérisée du droit de l'Union.

⁷⁷⁹ T, ord., 30 septembre 2010, *Snemo Mars-Momchil Dobrev e.a. c. Commission et Bulgarie*, T-195/10, non publié au Rec., point 6 (souligné par nous).

248. En effet et conformément à l'article 267 du TFUE, les juridictions nationales ont la faculté – « *si elles estiment qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre [leur] jugement* »⁷⁸⁰ – de poser une telle question à la Cour, tout en conservant la possibilité d'interpréter ou d'apprécier elles-mêmes la validité⁷⁸¹ de l'acte litigieux. Dès lors, un contournement de la Cour de justice – contraire au caractère subsidiaire du système conventionnel – sera donc possible. En effet, « *s'il n'était pas procédé à un tel renvoi préjudiciel, la Cour européenne serait appelée à se prononcer sur la conformité d'un acte de l'Union avec les droits de l'homme, sans que la Cour de justice ait eu l'occasion de le faire* »⁷⁸².

249. Suivant la proposition émise par Jean-Paul COSTA et Vassilios SKOURIS – et selon laquelle il serait nécessaire de mettre en place « *une procédure souple susceptible de garantir que la Cour de justice puisse effectuer un contrôle interne avant que n'intervienne le contrôle exercé par la Cour européenne* »⁷⁸³ – l'article 3 du Projet d'accord d'adhésion prévoit l'instauration d'un mécanisme de codéfendeur. Ce dernier – également introduit à l'article 36 § 4 de la Convention européenne⁷⁸⁴ – permet l'application d'une procédure spécifique lorsqu'une requête est notamment⁷⁸⁵ dirigée contre un ou plusieurs Etats membres de l'Union et qu'elle remet en cause la compatibilité du droit de l'Union avec les droits garantis par la Convention européenne et ses protocoles. Dans ce cas, l'Union européenne peut devenir codéfenderesse à la procédure, ce qui lui offre, selon l'article 3 § 6 du projet

⁷⁸⁰ Article 267 de la version consolidée du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

⁷⁸¹ D'autant que, selon la jurisprudence CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost contre Hauptzollamt Lübeck-Ost*, affaire 314/85, Rec. p. 4199, seules les juridictions suprêmes sont tenues de poser une question préjudicielle à la Cour et ce, qu'en cas de doute sérieux sur la validité de l'acte en cause.

⁷⁸² Rapport final au CDDH, Cinquième réunion de négociation entre le groupe de négociation ad hoc du CDDH et la Commission européenne sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, à Strasbourg les 3, 4 et 5 avril 2013, § 65, disponible sur :

http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting_reports/47_1%282013%29008rev2_FR.pdf.

⁷⁸³ J-P. COSTA et V. SKOURIS « Communication commune des présidents COSTA et SKOURIS », *op. cit.*, p. 40.

⁷⁸⁴ L'article 36 § 4 de la Convention européenne stipulera désormais que « *l'Union européenne, ou un Etat membre de l'Union européenne, peut devenir codéfendeur à la procédure par décision de la Cour dans les circonstances prévues dans l'Accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. Le codéfendeur est partie à l'affaire. La recevabilité d'une requête est examinée indépendamment de la participation d'un codéfendeur à la procédure* ».

⁷⁸⁵ Le mécanisme de codéfendeur permet également aux Etats membres de devenir codéfendeurs lorsque la requête est dirigée contre l'Union européenne.

d'accord d'adhésion, la possibilité de se prononcer sur la compatibilité du droit de l'Union avec la Convention⁷⁸⁶, avant que n'intervienne la décision du juge européen.

Il apparaît donc très clairement que cet article « *souligne le rôle subsidiaire de la Cour européenne qui ne se prononcera que lorsque la Cour de justice aura vérifié le respect de la Convention européenne par les actes de l'Union* »⁷⁸⁷ conformément à la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes.

250. Face aux évolutions contemporaines et futures tenant, d'une part, à l'introduction dans l'ordre juridique français de la question prioritaire de constitutionnalité et, d'autre part, à la prochaine adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne, la règle de l'épuisement des voies de recours internes est susceptible d'aménagements. Si en l'état actuel de la jurisprudence européenne, le recours en exception d'inconstitutionnalité ne fait pas partie des voies de droit à épuiser au sens de l'article 35 § 1, il nous semble que dans un souci de renforcement du principe de subsidiarité, la Cour devrait imposer au justiciable, d'au moins poser une question prioritaire de constitutionnalité aux juges du fond. Parce qu'il existe une réelle concordance des catalogues des droits et que les juges constitutionnel et conventionnel offrent une protection globalement équivalente de ceux-ci, la question prioritaire de constitutionnalité serait en effet un excellent moyen pour favoriser le traitement des griefs en droit interne. Une application rigoureuse de l'article 35 § 1 sera par ailleurs essentielle en cas d'adhésion de l'Union européenne à la Convention afin de laisser à la Cour de justice le soin de se prononcer, en amont, sur les incompatibilités potentielles du droit de l'Union à la Convention. Du fait des spécificités du système communautaire et malgré les améliorations apportées, notamment, par l'instauration du mécanisme de codéfendeur, des incertitudes subsistent néanmoins quant à la garantie d'une intervention prioritaire systématique de la Cour de Luxembourg.

*

* *

251. La règle de l'épuisement des voies de recours internes, telle que garantie à l'article 35 § 1 de la Convention, est la traduction procédurale, par excellence, du principe de

⁷⁸⁶ L'article 6 § 3 du projet d'accord d'adhésion stipule, notamment, qu'« *un temps nécessaire est accordé à la Cour de justice de l'Union européenne pour procéder à un tel examen* ».

⁷⁸⁷ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Le principe de subsidiarité, quel avenir ? », *op. cit.*, p. 371.

subsidiarité. Elle permet, en effet, de « *ménager aux Etats contractants l'occasion de prévenir ou redresser les violations alléguées contre eux avant que Strasbourg ne soit saisi* »⁷⁸⁸ et donc d'assurer le respect du caractère subsidiaire du système européen de protection des droits de l'homme.

252. Parce qu'elle exprime l'essence de ce principe et qu'elle est par là-même essentielle au bon fonctionnement du système, la règle de l'épuisement des voies de recours internes devrait faire l'objet d'une application rigoureuse. Ce n'est pourtant pas la voie privilégiée par le juge européen qui, à force d'assouplissements jurisprudentiels, va peu à peu la modifier et transformer. Puisqu'assujettie à l'exigence d'effectivité des recours à épuiser – dont la garantie confirme d'ailleurs « *l'idée d'une application transversale de la notion de subsidiarité* »⁷⁸⁹ – elle devient une condition de recevabilité de plus en plus contraignante à l'égard des Etats, seuls responsables de la qualité des recours internes et donc de la preuve de leur effectivité. En ce sens, elle se voit progressivement transformée et dénaturée.

253. En tant que règle coutumière d'origine internationale, l'article 35 § 1 sera, par ailleurs, susceptible d'aménagements au vu des évolutions contemporaines du droit constitutionnel français et futures du droit de l'Union européenne. Or, pour des raisons notamment liées à « *l'accroissement considérable du nombre de requêtes* »⁷⁹⁰, il nous semble préférable que la question prioritaire de constitutionnalité – parce qu'elle renvoie à un catalogue des droits fondamentaux similaire au catalogue conventionnel et qu'elle bénéficie d'un contrôle globalement équivalent à celui du juge européen – soit, dans l'avenir, considérée comme une voie de recours devant être préalablement épuisée. Des modalités d'applications spécifiques ont, enfin, été envisagées dans le cadre de la prochaine adhésion de l'Union européenne. *Spécifiques* car l'Union européenne présente des particularités propres à son système d'intégration qui justifient qu'un nouveau mécanisme dit du codéfendeur soit instauré à l'article 36 § 4 de la Convention et ce, afin de garantir à la Cour de justice – lorsque seront en cause des actions dirigées contre des actes d'application du droit de l'Union – de se prononcer sur une éventuelle incompatibilité avec la Convention en amont du juge strasbourgeois.

⁷⁸⁸ M. PUECHAVY, « La règle de l'épuisement des voies de recours internes et la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme », in *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au doyen Gérard COHEN-JONATHAN*, Bruylant, 2004, vol. II, p. 1300.

⁷⁸⁹ S. TOUZE, « La complémentarité procédurale de la garantie conventionnelle », *op. cit.*, p. 67.

⁷⁹⁰ M. PUECHAVY, « La règle de l'épuisement des voies de recours internes et la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1315.

254. Par ailleurs et dans la mesure où « *la Cour européenne ne peut intervenir qu'une fois les voies de recours internes épuisées [...], la subsidiarité dans le contexte de la Convention européenne [...] peut être qualifiée de logique de complémentarité* »⁷⁹¹.

⁷⁹¹ A. UBEDA DE TORRES, « Un dialogue sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme », in E. BRIBOSIA, L. SCHEECK et A. UBEDA DE TORRES (dir.), *L'Europe des cours, loyautés et résistances*, Bruylant, 2010, p. 197.

SECTION 2 : LA DÉFINITION SUBSÉQUENTE D'UN SYSTÈME DE PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME COMPLÉMENTAIRE AUX SYSTÈMES NATIONAUX

255. Dans le cadre de la protection européenne des droits de l'homme, « nous pouvons parler d'une véritable complémentarité des autorités nationales, au premier rang desquelles se trouvent les juridictions internes, et de la Cour »⁷⁹² de Strasbourg. Il est ainsi courant d'utiliser l'expression de « subsidiarité-complémentarité »⁷⁹³, puisque le juge européen n'intervient qu'à titre secondaire et que son « pouvoir d'intervention est limité aux seuls cas où les institutions nationales sont incapables d'assurer une protection effective des droits garantis par la Convention »⁷⁹⁴. Ce principe de subsidiarité-complémentarité⁷⁹⁵ va donc imposer aux Etats, un véritable devoir de protection des droits et libertés énoncés par la Convention. Si les organes du système conventionnel ont un rôle évident dans la protection de ces droits, leur contrôle n'est en effet que subsidiaire, « leur mission consistant à guider et contrôler que les États membres assurent aux citoyens une protection à travers leurs propres institutions et procédures »⁷⁹⁶.

256. Parce que la subsidiarité est avant tout un principe de « protection des compétences des Etats membres »⁷⁹⁷, l'objectif poursuivi par le système européen, ne sera pas de supplanter ces Etats dans leur rôle premier de garant des droits fondamentaux, mais seulement de pallier leurs défaillances. En ce sens, le principe de subsidiarité initierait davantage un modèle de coopération entre les autorités nationales et la Cour européenne plutôt qu'un modèle hiérarchique dans lequel les Etats devraient automatiquement « rendre

⁷⁹² J-P. COSTA, « Intervention introductive » devant le Conseil d'Etat, lors de la conférence sur *Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme*, Paris, le 19 avril 2010.

⁷⁹³ Note du juriste de la Cour européenne, sur le « Principe de subsidiarité », dans le cadre du *Suivi d'Interlaken*, 8 juillet 2012, p. 2, disponible sur http://www.echr.coe.int/Documents/2010_Interlaken_Follow-up_FRA.pdf.

⁷⁹⁴ *Ibid.*

⁷⁹⁵ Ce principe se retrouve, notamment, dans la Convention américaine relative aux droits de l'homme qui énonce dans son préambule que « les droits fondamentaux de l'homme ne découlent pas de son appartenance à un Etat donné, mais reposent sur les attributs de la personne humaine, ce qui leur justifie une protection internationale, d'ordre conventionnel, secondant ou complétant celle que procure le droit interne des Etats Américains » ; voir le deuxième paragraphe du Préambule de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, adoptée à San José, Costa Rica, le 22 novembre 1969, à la Conférence spécialisée interaméricaine sur les Droits de l'Homme (souligné par nous).

⁷⁹⁶ H. PETZOLD, « The Convention and the Principle of Subsidiarity » in R. St. J. MACDONALD, F. MATSCHER et H. PETZOLD (dir.), *The European System for the Protection of Human Rights*, La Haye, édition Martinus Nijhoff, 1993, p. 61 (traduit et souligné par nous).

⁷⁹⁷ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme », *RAE*, 1998, n°1-2, p. 30.

des comptes » au juge strasbourgeois. Il en résulte qu'un partage des responsabilités en matière de protection des droits de l'homme est nécessaire, responsabilités qui loin de reposer sur le seul juge international, relèvent en priorité de la compétence des Etats membres.

257. La notion de responsabilité partagée est apparue récemment dans le vocabulaire juridique relatif au droit de la Convention européenne, notamment dans les déclarations d'Interlaken⁷⁹⁸, de Brighton⁷⁹⁹ ou encore de Bruxelles⁸⁰⁰, spécialement dédiée à cette question. Certains lui préféreront, néanmoins, l'expression de « *responsabilité collective* »⁸⁰¹ ou de « *solidarité entre les systèmes nationaux et le contrôle européen* »⁸⁰² qui traduisent, tout aussi bien, la quintessence du principe de subsidiarité visant au « *développement d'un véritable dialogue entre les composantes nationale et internationale* »⁸⁰³. In fine, le choix d'un tel partage des responsabilités cherche à favoriser « *la mise en œuvre effective de la Convention* »⁸⁰⁴ en droit interne et toute la vigilance du juge national dans la protection de celle-ci⁸⁰⁵. Par « responsabilité partagée », il est donc entendu que les autorités nationales sont les premières responsables de l'application et de la protection des droits garantis⁸⁰⁶ (§. 1), ce qui induit un rôle secondaire de la Cour européenne dans le contrôle du respect de ces droits (§. 2).

⁷⁹⁸ Point (3) et 9. de la Déclaration d'Interlaken du 19 février 2010.

⁷⁹⁹ Point 3 et 12. c) de la Déclaration de Brighton du 20 avril 2012.

⁸⁰⁰ Déclaration de Bruxelles, Conférence de haut niveau sur la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme, une responsabilité partagée, 27 mars 2015, disponible sur : http://justice.belgium.be/fr/binaries/Declaration_FR_tcm421-265136.pdf.

⁸⁰¹ P. BOILLAT, « Conclusions » de la Conférence de Skopje, *Renforcer la subsidiarité : intégrer la jurisprudence de la Cour dans les législations et les pratiques judiciaires nationales*, 1 et 2 octobre 2010, p. 2, disponible sur http://www.coe.int/t/dgi/Skopje_Conference_-_Conclusion_PB_consolidee.pdf.

⁸⁰² J-P COSTA, Discours prononcé devant la Cour européenne des droits de l'homme à l'occasion de la cérémonie d'ouverture de l'année judiciaire, Strasbourg, le vendredi 25 janvier 2008, p. 9, disponible sur : http://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20080125_Costa_JY_FRA.pdf.

⁸⁰³ E. KASTANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1996, p. 110.

⁸⁰⁴ Avis préliminaire de la Cour européenne des droits de l'homme, établi en vue de la Conférence de Brighton (adopté par la Plénière le 20 février 2012), p. 1, disponible sur : http://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_Opinion_FRA.pdf ; voir, également, F. TULKENS « Introduction », in *Séminaire Dialogue entre juges, Comment assurer une plus grande implication des juridictions nationales dans le système de la Convention ?*, 2012, p. 7.

⁸⁰⁵ Voir, en ce sens, L-E. PETTITI, « Réflexions sur les principes et les mécanismes de la Convention », in L-E. PETTITI, E. DECAUX, P-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, Economica, 2ème édition, 1999, p. 32.

⁸⁰⁶ Philippe BOILLAT dans ses Conclusions de la Conférence de Skopje d'octobre 2010 explique que par « *l'idée de responsabilité collective, toutes les autorités de l'Etat sont solidairement et collectivement responsables face aux obligations assumées par l'Etat au titre de la Convention* ».

§1- Le rôle prioritaire des autorités nationales dans l'application et la protection des droits garantis

258. Comme le souligne le Professeur Sébastien TOUZE, « *la notion de subsidiarité [...] nous rappelle de manière incidente et à travers une approche duale des ordres juridiques que l'exécution des obligations conventionnelles repose principalement sur les autorités nationales* »⁸⁰⁷. Or, s'il est clair que « *les juridictions nationales ont une responsabilité particulière en raison du rôle des tribunaux dans l'Etat de droit, l'exécutif et le législateur ont [également et] naturellement des mesures à prendre* »⁸⁰⁸. Ainsi, la Déclaration de Bruxelles du 27 mars 2015 réitère la nature subsidiaire du mécanisme de contrôle institué par la Convention et insiste particulièrement sur le rôle premier des autorités nationales, « *à savoir les gouvernements, les tribunaux et les parlements* »⁸⁰⁹ et la nécessité pour les Etats membres de favoriser la bonne information mais aussi formation des divers acteurs nationaux aux exigences conventionnelles⁸¹⁰. Découle donc du principe de subsidiarité une obligation de protection des droits de l'homme qui, parce qu'elle pèse sur l'ensemble des autorités nationales, peut prendre différentes formes (A). Un tel partage des responsabilités entraîne des conséquences néanmoins favorables à l'égard de l'ordre interne (B).

A- Une responsabilité multiforme pesant sur l'ensemble des autorités nationales

259. Cette responsabilité première des autorités nationales dans l'application et la protection des droits de l'homme s'exprime de plusieurs façons. D'une part, elle impose aux autorités législatives et exécutives un devoir de mise en œuvre, au plan national, des droits conventionnellement garantis (1). D'autre part, elle impose aux autorités judiciaires – véritables juges de droit commun de la Convention – un devoir de sanction du non-respect de ces garanties (2). En ce sens, le principe de subsidiarité impose, certes, un partage vertical des responsabilités (entre la Cour européenne et les autorités nationales) mais, également, un

⁸⁰⁷ S. TOUZE, « La complémentarité procédurale de la garantie conventionnelle », *op. cit.*, p. 62.

⁸⁰⁸ J-P. COSTA, « Intervention introductive » devant le Conseil d'Etat, lors de la conférence sur *Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*

⁸⁰⁹ Déclaration de Bruxelles, Conférence de haut niveau sur la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme, une responsabilité partagée, 27 mars 2015, p. 1.

⁸¹⁰ *Ibid.*, B. 1.

partage horizontal des responsabilités entre les différentes autorités nationales de l'Etat membre.

1- Le devoir des autorités législatives et exécutives de mettre en œuvre la Convention

260. En tant que « *principe de base pour l'opération de mise en œuvre de la Convention* »⁸¹¹, la subsidiarité implique que « *toutes les autorités de l'Etat, législatives [d'une part], exécutives [d'autre part] soient solidaires et collectivement responsables* »⁸¹² face à leur devoir d'application de la Convention.

S'agissant des autorités législatives d'une part, leur devoir de mise en œuvre de la Convention est double et se divise en un devoir de prévention et de correction. *Un devoir de prévention* tout d'abord, intervenant en amont de toute condamnation et pouvant lui-même s'exprimer de deux manières. En effet, il revient aux parlements nationaux d'être attentifs aux exigences européennes dans le cadre de l'adoption des lois nationales et ce, afin de ne pas légiférer dans un sens contraire à celles-ci et d'ainsi risquer une éventuelle sanction d'inconventionnalité. Il leur revient également d'effectuer un rôle préventif de veille jurisprudentielle, afin d'être en mesure de tirer toutes les conséquences nécessaires d'une condamnation – visant un autre Etat partie ayant néanmoins une législation similaire – et d'ainsi éviter leur propre sanction à Strasbourg⁸¹³. C'est notamment pour cette raison que les parlements nationaux « *sont invités à s'investir davantage dans l'examen attentif de la compatibilité des lois et des pratiques avec la Convention, exercice qui peut de toute évidence avoir un effet préventif particulièrement bénéfique* »⁸¹⁴ pour la protection nationale des droits de l'homme. Ils sont ensuite dotés d'un *devoir de correction* puisqu'ils doivent être particulièrement attentifs aux obligations conventionnelles, découlant d'un arrêt national ou

⁸¹¹ H. PETZOLD, « The Convention and the Principle of Subsidiarity », in *The European System for the Protection of Human Rights*, MACDONALD R. St. J., MATSCHER F. et PETZOLD H. (dir.), La Haye, édition Martinus Nijhoff, 1993, pp. 59 et 60 (traduit et souligné par nous).

⁸¹² P. BOILLAT, « Conclusions », *Vers une mise en œuvre renforcée de la Convention EDH au niveau national*, Colloque de Stockholm les 9 et 10 juin 2008, p. 138, disponible sur : http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/Publications/Stockholm_Actes.pdf.

⁸¹³ Voir, en ce sens, l'exemple classique des affaires Cour EDH, 22 avril 1993, *Modinos c. Chypre*, req. n°15070/89, série A n°259, § 20 et Cour EDH, 30 juillet 1998, *Valenzuela Contreras c. Espagne*, req. n°27671/95, Rec. 1998-V, § 60 faisant réciproquement suite aux arrêts Cour EDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, req. n°7525/76, série A n°45 ; *GACEDH*, n°44 et Cour EDH, 2 août 1984, *Malone c. Royaume-Uni*, req. n°8691/79, série A n°82 ; *GACEDH*, n°41.

⁸¹⁴ P. BOILLAT, « Conclusions », Conférence de Skopje, *Renforcer la subsidiarité : intégrer la jurisprudence de la Cour dans les législations et les pratiques judiciaires nationales*, 1 et 2 octobre 2010, p. 5, disponible sur http://www.coe.int/t/dgi/Skopje_Conference_-_Conclusion_PB_consolidee.pdf.

européen de condamnation, afin qu'une mise en conformité rapide et efficace du système juridique interne soit possible. La Déclaration de Bruxelles encourage ainsi « *l'implication des parlements nationaux dans le processus d'exécution des arrêts* »⁸¹⁵. Par conséquent, « *les parlements nationaux sont [très clairement] appelés à devenir un élément clé de la mise en œuvre du principe de subsidiarité* »⁸¹⁶.

S'agissant des autorités exécutives d'autre part, elles sont tout autant responsables de la bonne mise en œuvre de la Convention en droit interne. Leur rôle, en appui de celui des parlements nationaux, est en effet d'appliquer les lois conformément aux exigences conventionnelles d'une part, mais aussi d'adopter des actes et normes réglementaires en conformité avec la Convention d'autre part. Comme le souligne Jean-Paul COSTA, « *une collaboration constructive avec les gouvernements et les parlements est indispensable* »⁸¹⁷. Tout l'intérêt réside donc dans le travail commun des autorités législatives et réglementaires qui peuvent ainsi modifier, abroger mais aussi créer de nouveaux dispositifs, permettant d'assurer la pleine effectivité des droits. C'est ainsi qu'en France, le délit d'offense au Président de la République, à la suite de l'arrêt du 14 mars 2013 *Eon contre France*⁸¹⁸, a été abrogé grâce à l'adoption par le législateur de la loi du 5 août 2013⁸¹⁹, venant tirer les conséquences de ce constat d'inconventionnalité et réformer le système conformément aux exigences européennes. Il en va de même, s'agissant de la question du délit d'offense commis contre un chef d'Etat étranger qui, à la suite de l'arrêt du 25 juin 2002 *Colombani et autres contre France*⁸²⁰, a été abrogé par la loi du 9 mars 2004⁸²¹.

261. Par conséquent, il est légitime de considérer que « *l'efficacité de la Convention en droit interne dépend largement de l'attitude des autorités nationales* »⁸²². Elle en dépend d'autant plus que ces autorités doivent s'approprier la Convention dès lors que celle-ci est

⁸¹⁵ Déclaration de Bruxelles, *op. cit.*, B., 2., h).

⁸¹⁶ *Ibid.*

⁸¹⁷ J.-P. COSTA, « Intervention introductive » devant le Conseil d'Etat, lors de la conférence sur *Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*

⁸¹⁸ Cour EDH, 14 mars 2013, *Eon c. France*, req. n°26118/10 ; *JCP G.*, 2013, n°29, doct. 855, chron. F. SUDRE ; *JCP G.*, 2013, n°23, 656, note C. PICHERAL.

⁸¹⁹ Loi n°2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France, Chapitre XIII spécifiquement.

⁸²⁰ Cour EDH, 25 juin 2002, *Colombani et autres c. France*, req. n°51279/99 ; *RTDH*, 2003, n°55, p. 975, comm. P. WACHSMANN.

⁸²¹ Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (1).

⁸²² E. KASTANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1996, p. 110.

essentiellement rédigée de manière vague et générale. Cette application des garanties conventionnelles ne se résume donc pas à une unique opération d'exécution de la Convention mais bien « *d'effectuation* »⁸²³, d'application propre de celle-ci, les Etats bénéficiant d'une certaine liberté dans le choix des mesures à prendre pour mettre en œuvre la Convention. Ce concept « d'ownership » ou d'appropriation du texte par les autorités nationales esquisse une nouvelle fois le principe de subsidiarité sous l'angle d'une subsidiarité-liberté⁸²⁴, protectrice de l'autonomie des Etats⁸²⁵. Cela étant, « *s'il appartient au législateur et au gouvernement de prendre des mesures que nécessite l'application de la Convention européenne, le juge est quant à lui investi d'un rôle particulièrement important : assurer la sanction des droits garantis par la Convention* »⁸²⁶.

2- Le devoir du juge national de sanctionner les atteintes portées à la Convention

262. Du fait du caractère subsidiaire et complémentaire du système européen, le juge national est le « *juge naturel des droits de l'homme* »⁸²⁷. En effet, les juridictions nationales ont vocation à intervenir en premier pour constater toutes violations potentielles, la Cour ne pouvant être saisie que dans un second temps, après un épuisement préalable des voies de recours internes⁸²⁸. Le principe de subsidiarité, véritable « *instrument de préservation des compétences du juge national* »⁸²⁹, met donc clairement l'accent sur le rôle fondamental de ce juge dans la garantie du respect des droits⁸³⁰. L'expression de « juge national » doit être

⁸²³ P. ROLLAND, « Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ? », in D. ROUSSEAU et F. SUDRE (dir.), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, STH, 1990, p. 52.

⁸²⁴ Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §. 1, B.

⁸²⁵ Néanmoins, cette marge d'adaptation du texte conventionnel laissée par principe aux Etats, se verra, au fil de la jurisprudence, anéantie par la précision qui se dégage des obligations conventionnelles telles que définies par le juge européen. Pour plus de détails, voir *infra*, Partie 2.

⁸²⁶ F. SUDRE, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre juridique interne », *RUDH*, 1991, p. 261.

⁸²⁷ J-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 5^{ème} édition, 2013, p. 45.

⁸²⁸ Voir *infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

⁸²⁹ A. UBEDA DE TORRES, « Un dialogue sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme », in E. BRIBOSIA, L. SCHEECK et A. UBEDA DE TORRES (dir.), *L'Europe des cours, loyautés et résistances*, Bruylant, 2010, p. 197.

⁸³⁰ Sébastien TOUZE explique, à ce sujet, que le principe de subsidiarité confère au juge national trois fonctions principales. Tout d'abord, une fonction de mise en œuvre et de protection de la légalité du droit national puisqu'en vertu de l'article 53 de la Convention, ce n'est qu'en cas d'insuffisance du droit national dans la protection des droits fondamentaux que le juge devrait y substituer la norme conventionnelle. Une fonction, ensuite, d'application du droit national de manière conforme aux obligations conventionnelles et donc par là même, d'exercice d'un contrôle de la conventionnalité du droit national. Une dernière fonction, enfin, de sanction de la mesure nationale contraire aux droits garantis. C'est, en ce sens, que le juge national est

entendue au sens large, dès lors qu'on assiste à un rayonnement quasi-global de la Convention sur l'ordre juridique interne et que l'ensemble des juges judiciaires⁸³¹ et administratifs⁸³² sont concernés par son application⁸³³. Seul le Conseil constitutionnel refuse – de jurisprudence constante⁸³⁴ – d'exercer un quelconque contrôle de conventionnalité, sans néanmoins ignorer les standards de protection définis par la Cour européenne⁸³⁵. Précisons qu'aucun amalgame ne doit être opéré entre le caractère subsidiaire du rôle de la Cour qui n'intervient qu'à titre palliatif et le caractère subsidiaire de la Convention qui n'est pas, à l'inverse, un texte secondaire de la protection des droits de l'homme mais bien une source de droits et d'obligations à part entière. Le juge interne a en effet le devoir « *d'appliquer, d'interpréter et d'assurer le respect et la diffusion des exigences posées par le traité international* »⁸³⁶.

263. Par ailleurs, et bien que n'étant pas une condition *sine qua non* de la définition du juge national comme juge de droit commun de la Convention⁸³⁷, la reconnaissance par certains Etats membres d'un effet direct du texte conventionnel⁸³⁸ en droit interne, vient

pleinement juge ordinaire de droit commun de la Convention. Voir S. TOUZE, « La complémentarité procédurale de la garantie conventionnelle », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, édition Nemesis, Anthemis, 2014, p. 65 et suiv.

⁸³¹ Cass., Ch. mixte, 24 mai 1975, *Société des Cafés Jacques Vabres*, pourvoi n°73-13556, Bull. Civ. n°4, p. 6.

⁸³² CE, Ass. plén., 20 octobre 1989, *Nicolo*, req. n°108243, Rec. Lebon, p. 190.

⁸³³ Ce constat découle d'une part, du fait que le système juridique français – au vu de l'article 55 de la Constitution – est un système moniste qui ne sépare donc pas l'ordre interne de l'ordre international et d'autre part, de l'absence de recours spécifique en droit interne pour faire valoir la conventionnalité des normes nationales. Ainsi, le juge administratif ou judiciaire a l'obligation de contrôler la conventionnalité d'une loi, voire même de l'écarter si celle-ci s'avère non conforme à la Convention européenne. Pour plus de détails, voir F. SUDRE, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre juridique interne », *RUDH*, 1991, p. 261 et suiv.

⁸³⁴ CC, 15 janvier 1975, *Loi sur l'Interruption Volontaire de Grossesse*, 74-54 DC : « *Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international* ».

⁸³⁵ Voir *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, § 2, A.

⁸³⁶ E. KASTANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1996, p. 100.

⁸³⁷ Voir, en ce sens, le juge britannique qui, bien que ne reconnaissant pas l'effet direct de la Convention, endosse toutefois le rôle de juge de droit commun de la Convention dès lors qu'il garantit, *via* ses normes nationales, un niveau de protection équivalent ou supérieur à celui de la Convention. En aucun cas, le rôle de juge de droit commun n'impose aux juges nationaux de substituer aux dispositions nationales les dispositions conventionnelles, ni même de garantir aux justiciables de pouvoir se prévaloir devant eux de la Convention (B. DELZANGLES, « Le rôle du juge national comme garant de la Convention européenne des droits de l'homme : renforcement ou affaiblissement ? », in D. LOCHAK (dir.), *Mutations de l'Etat et protection des droits de l'homme*, Presses Universitaires de Paris 10, 2006, p. 103). A ce sujet, voir par exemple, A. DRZEMCZEWSKI, « La question de l'effet direct de la Convention européenne des droits de l'homme. La situation au Royaume-Uni et en Pologne », in P. Tavernier (dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruylant, 1996, pp. 125-147 ; P. M. MABAKA, « L'incorporation de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique britannique », *RTDH*, 2002, pp. 11-42.

⁸³⁸ Pour plus de précisions concernant la notion d'effet direct, voir, par exemple, J. VELU, *Les effets directs des instruments internationaux en matière de droits de l'homme*, Editions juridiques Swinnen, 1981.

clairement renforcer le rôle des juges nationaux dans leur contrôle prioritaire du respect des garanties conventionnelles. A ce titre, rappelons que si en droit international classique, les Conventions et traités ne lient traditionnellement que les Etats contractants, il est prévu par exception, que la norme internationale soit utilisable en droit interne et qu'elle produise donc des effets à l'égard des particuliers⁸³⁹. A ce sujet, le Conseiller d'Etat Roger ERRERA souligne que « *depuis l'adhésion constitutionnelle de la France au monisme (1946), les traités ratifiés et publiés, donc incorporés à l'ordre juridique interne sont présumés, de façon générale, produire des effets directs en droit national* »⁸⁴⁰. Le Conseil d'Etat a toutefois précisé – dans l'arrêt d'assemblée GISTI du 11 avril 2012⁸⁴¹ – la méthode de détermination de l'effet direct des normes internationales, articulée autour de trois conditions cumulatives⁸⁴², tenant à l'intention des parties⁸⁴³, à la précision de la norme⁸⁴⁴ et à son applicabilité directe⁸⁴⁵ en droit interne. Si la première condition – de nature subjective⁸⁴⁶ – ne fait pas débat, puisque cette intention est clairement exprimée à l'article 1^{er} de la Convention⁸⁴⁷, particulièrement « *explicite à cet égard* »⁸⁴⁸ d'ailleurs, la deuxième condition ne semblait pas aussi évidente. Pourtant, même si certains droits conventionnels sont rédigés en termes généraux – appelant

⁸³⁹ La Cour permanente de justice – dans CPJI, avis consultatif, 3 mars 1928, *Compétence des tribunaux de Danzig*, Rec. série B, n°15, p. 17 – explique, toutefois, que ce n'est que si la norme internationale contient des « *règles déterminées, créant des droits et obligations pour des individus, et susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux* ».

⁸⁴⁰ R. ERRERA, « L'application de la convention internationale relative aux droits de l'enfant et l'incidence de la Convention européenne des droits de l'homme sur les droits de l'enfant », *Comité franco - britannique de coopération judiciaire. Colloque de Rennes sur l'enfant en justice, 19 – 21 mai 2005*, p. 3, disponible sur : http://www.courdecassation.fr/IMG/File/errera_fr.pdf.

⁸⁴¹ CE, Ass., 11 avril 2012, *GISTI et FAPIL*, req. n°322326. La « doctrine » du Conseil d'Etat sur l'effet direct avait toutefois été préalablement amorcée dès 1997 avec les arrêts GISTI (CE, Section, 23 avril 1997, *Gisti*, req. n°163043, Rec. Lebon p. 142) et Cinar (CE, 22 septembre 1997, *Mlle Cinar*, req. n°161364, Rec. Lebon, p. 319).

⁸⁴² *Ibid.*, cons. 3 : « *une stipulation doit être reconnue d'effet direct par le juge administratif lorsque, eu égard à l'intention exprimée des parties et à l'économie générale du traité invoqué, ainsi qu'à son contenu et à ses termes, elle n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre États et ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers ; [...] l'absence de tels effets ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation désigne les États parties comme sujets de l'obligation qu'elle définit* » (souligné par nous).

⁸⁴³ L'intention des parties doit clairement être de conférer au traité un effet direct.

⁸⁴⁴ La deuxième condition impose que les dispositions soient suffisamment précises dans leur objet et dans leur forme, qu'elles n'aient donc pas besoin d'être complétées ou clarifiées.

⁸⁴⁵ La troisième condition suppose que les dispositions ne nécessitent pas d'acte de réception ou de transposition en droit interne mais qu'elles produisent, par elles-mêmes, des effets à l'égard des particuliers.

⁸⁴⁶ C. CHABERT, « Pour un réexamen de la question de l'applicabilité directe de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant », *JCP G.*, n°18, 2003, I, 129.

⁸⁴⁷ L'article 1^{er} de la Convention stipule que « *les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention* ».

⁸⁴⁸ F. SUDRE, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre juridique interne », *RUDH*, 1991, p. 259.

donc des précisions législatives afin de leur conférer une réelle portée normative⁸⁴⁹ – ce critère rédactionnel ou « *caractère complet de la norme* »⁸⁵⁰ est réputé rempli⁸⁵¹, contrairement à d'autres Conventions de protection des droits de l'homme – tels que les Pactes internationaux relatifs aux droits économiques, sociaux et culturels – dont certaines dispositions sont jugées trop vagues et imprécises⁸⁵². S'agissant enfin de la troisième condition, le constat d'une applicabilité directe du traité s'appuie lui-même sur la réunion de deux critères, à savoir que la Convention soit incorporée dans l'ordre juridique interne⁸⁵³ et que l'Etat lui ait reconnu la primauté en droit interne⁸⁵⁴. La reconnaissance de l'applicabilité directe de la Convention dépend donc de la volonté des Etats, de même qu'ils n'ont aucune obligation d'intégrer la Convention à leur ordre juridique national⁸⁵⁵, malgré la préférence toutefois énoncée par la Cour dans l'arrêt *Irlande contre Royaume-Uni* du 18 janvier 1978⁸⁵⁶.

⁸⁴⁹ Le juge SORESEN a pu affirmer, à ce titre, qu'« *il est parfois mal aisé d'admettre que les dispositions rudimentaires de la Convention puissent s'appliquer sans l'intervention du législateur. Il en est surtout ainsi lorsque la Convention se sert de notions vagues, ouvertes à différentes interprétations, telle que la notion de procès équitable* ». Voir M. SORESEN, « Obligations d'un Etat partie à un traité sur le plan de son droit interne », in *Les droits de l'Homme en droit interne et en droit international*, Presses Universitaires de Bruxelles, 1968, p. 55, cité par C. CHABERT, « Pour un réexamen de la question de l'applicabilité directe de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant », *JCP G.*, n°18, 2003, I, 129, § 23.

⁸⁵⁰ H. TIGROUDJA, « Le juge administratif et l'effet direct des engagements internationaux », *RFDA*, 2003, p. 155.

⁸⁵¹ Certains auteurs expliquent alors que, s'agissant de la Convention européenne, le juge préfère généralement s'attacher au critère subjectif de l'intention des parties. Voir, en ce sens, C. CHABERT, « Pour un réexamen de la question de l'applicabilité directe de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant », *JCP G.*, n°18, 2003, I, 129.

⁸⁵² Voir CE, Ass., 5 mars 1999, *M. Rouquette et autres*, req. n°194658, Rec. Lebon p. 37 où le Conseil juge les articles 2 et 9 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966 comme n'ayant pas d'effet direct en raison de leur caractère trop vague et général.

⁸⁵³ Pour ce faire, l'Etat doit avoir régulièrement adopté, ratifié et publié la Convention. Lorsqu'elle est incorporée dans l'ordre juridique interne, son rang y est alors variable puisque déterminé par les solutions constitutionnelles propres à chaque Etat. Ainsi, elle occupera un rang supra-constitutionnel aux Pays-Bas, un rang constitutionnel en Autriche ou un rang infra-constitutionnel et supra-législatif en Belgique, en Grèce, en Espagne, en France, etc. ou encore un rang infra-constitutionnel et législatif en Allemagne, en Italie, en Finlande, en Hongrie etc.

⁸⁵⁴ Voir, en ce sens, les arrêts CE, Assemblée, 30 octobre 1998, *M. Sarran, Levacher et autres*, req. n°200286-200287, Rec. Lebon, p. 369 et Cass., Ass. Plénière, 2 juin 2000, *Pauline Fraisse*, pourvoi n°99-60.274, Bull. Ass. plén., n°4, p. 7 dans lesquels le Conseil d'Etat et la Cour de cassation reconnaissent la suprématie des engagements internationaux sur les lois antérieures comme postérieures. Cette règle de la primauté contribue d'ailleurs à dessiner le juge national comme juge de droit commun de la Convention dans la mesure où le défaut ou l'insuffisance de garantie au niveau national lui impose de substituer la règle européenne à la règle nationale.

⁸⁵⁵ Cour EDH, 26 novembre 1991, *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, req. n°13585/88, série A n°216, § 76, *Entertainment Law Review*, 1994, n°6, pp. 194-197, comm. P. MILMO : « *la Cour a constaté plusieurs fois l'absence d'obligation d'intégrer la Convention aux systèmes juridiques nationaux* ». Si la Convention n'est pas reconnue d'applicabilité directe dans le pays en cause, les requérants devront seulement avoir invoqué en substance le grief. Voir *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, § 1.

⁸⁵⁶ Cour EDH, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, req. n°5310/71, série A n°25, § 239 : « *En substituant le mot "reconnaissent" à "s'engagent à reconnaître" dans le libellé de l'article 1 (art. 1), les rédacteurs de la Convention ont voulu indiquer de surcroît que les droits et libertés du Titre I seraient directement reconnus à quiconque relèverait de la juridiction des États contractants. Leur intention se reflète avec une fidélité particulière là où la Convention a été incorporée à l'ordre juridique interne* » (souligné par nous).

Chaque Etat est ainsi libre de transposer ou d'incorporer comme il l'entend – au rang constitutionnel, législatif ou supra-législatif⁸⁵⁷ – les dispositions conventionnelles à partir du moment où son droit national est en conformité avec les exigences européennes et que le niveau de protection est au moins égal à celui garanti par la Convention. Ceci étant dit, « *on peut relever avec satisfaction que depuis quelques années, [...] l'applicabilité directe de la Convention semble généralement admise dans tous nos Etats membres* »⁸⁵⁸, spécifiquement en France où la Convention européenne est à la fois considérée d'effet direct et d'applicabilité directe – ce qui témoigne là encore de toute la spécificité de ce traité⁸⁵⁹ – par opposition notamment avec la Convention sur les droits de l'enfant qui s'est vu refuser un tel statut par la Cour de cassation⁸⁶⁰.

264. Au regard de ces différents éléments, combinés avec l'acceptation du droit de recours individuel⁸⁶¹ qui « *constitue le déclic déclenchant la pénétration réelle de la Convention dans notre droit interne* »⁸⁶², le juge national est très clairement le premier acteur du contrôle et de la sanction du non-respect des droits garantis. Un tel partage des responsabilités s'avère donc particulièrement favorable à l'ordre interne.

B- Un partage des responsabilités néanmoins favorable à l'ordre interne

265. Bien que contraignant à l'égard des autorités nationales, un tel partage de la responsabilité de protection des droits de l'homme infère de nombreuses conséquences bénéfiques à l'ordre interne. En effet, elle engendre incontestablement un enrichissement des droits nationaux ainsi qu'une évolution des positions jurisprudentielles vers une meilleure protection des droits et libertés (1). Un tel partage des responsabilités entre la Cour et les

⁸⁵⁷ Voir, notamment, E. KASTANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 109 ; F. SUDRE, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre juridique interne », *RUDH*, 1991, p. 260.

⁸⁵⁸ P. BOILLAT, « Conclusions », Colloque de Stockholm, *op. cit.*, p. 138, disponible sur : http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/Publications/Stockholm_Actes.pdf.

⁸⁵⁹ Cette spécificité-singularité a été antérieurement abordée, voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, §. 3.

⁸⁶⁰ Cass. Civ., 10 mars 1993, *Lejeune*, pourvoi n°91-11.310, Bull. I, n°103, p. 69. La Cour de Cassation refuse de reconnaître un effet direct à la Convention de New York relative aux droits de l'enfant du 26 janvier 1990 considérant qu'elle ne crée des obligations qu'à la charge des Etats parties.

⁸⁶¹ Facultatif jusqu'à l'entrée en vigueur, le 1^{er} novembre 1998, du protocole n°11 portant restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention, il est désormais obligatoire et figure à l'article 34 de la Convention.

⁸⁶² F. SUDRE, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre juridique interne », *op. cit.*, p. 264.

juridictions nationales induit, par ailleurs, une valorisation du rôle du juge national dès lors que la réception en droit interne du fondement conventionnel permet une extension évidente de son office (2).

1- L'enrichissement du droit national

266. Parce que les Etats membres doivent faire preuve de bonne foi vis-à-vis des exigences européennes, l'application de la Convention en droit interne va permettre de compléter et d'enrichir le droit national parfois encore lacunaire en matière de protection des droits de l'homme⁸⁶³. Trois types d'enrichissement du droit interne doivent ainsi être recensés comme découlant d'une application nationale effective de la Convention. En effet, les juridictions internes vont se saisir de ce nouveau fondement afin, en premier lieu, d'améliorer le droit national grâce un dépassement du seuil minimum de protection, afin ensuite de « compléter la loi nationale lorsqu'elle est incomplète ou lacunaire »⁸⁶⁴, et en dernier lieu afin d'« écarter ou neutraliser la loi interne si celle-ci contient des dispositions non conformes ou incompatibles avec la Convention européenne »⁸⁶⁵.

267. Tout d'abord, l'application décentralisée de la Convention permet un enrichissement du droit national par une amélioration de la législation interne, néanmoins conforme aux exigences européennes minimales. La chambre criminelle de la Cour de cassation a ainsi réalisé le 13 janvier 2009⁸⁶⁶ une interprétation novatrice de l'article 225-14 du code pénal relatif à l'interdiction du travail forcé⁸⁶⁷. Sur le double fondement du code pénal

⁸⁶³ Frédéric SUDRE souligne que « par le jeu de la primauté-subsidarité, le juge national est ainsi conduit à enrichir le droit interne en en dégageant des potentialités nouvelles que la Convention incite à révéler, à compléter la loi nationale en faisant appel à la Convention pour combler une lacune ou pallier une insuffisance de celle-ci, et enfin, s'il y a lieu, à écarter la loi nationale lorsque celle-ci n'est pas compatible avec les exigences de la Convention », F. SUDRE, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre juridique interne », *op. cit.*, p. 264.

⁸⁶⁴ R. DE GOUTTES, « La priorité substantielle du droit interne », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, édition Nemesis, Anthemis, 2014, p. 53.

⁸⁶⁵ *Ibid.*, p. 43.

⁸⁶⁶ Cass. Crim., 13 janvier 2009, pourvoi n°08-80.787, *Dalloz*, 2009, p. 1935, note B. LAVAUD-LEGENDRE ; *AJ pénal*, 2009, p. 181, obs. C. DUPARC ; *RSC*, 2009, p. 376, obs. Y. MAYAUD.

⁸⁶⁷ L'article 225-14 du code pénal, tel que modifié par Loi n°2003-239 du 18 mars 2003, dispose que « le fait de soumettre une personne, dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur, à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 150 000 Euros d'amende ».

et de l'article 4 de la Convention européenne⁸⁶⁸, la chambre criminelle va en effet retenir une interprétation extensive et particulièrement protectrice de l'interdiction du travail forcé puisque la Cour de Cassation ne s'encombre plus de vérifier individuellement les deux conditions nécessaires à la qualification de l'infraction mais juge, désormais, que c'est « *tout travail forcé qui est incompatible avec la dignité humaine* »⁸⁶⁹. Si la première condition relative à la vulnérabilité de la victime était *a priori* évidente au vu de sa qualité de mineure et d'orpheline, la seconde tenant à l'existence de conditions de travail ou d'hébergement contraires à la dignité humaine – contrecarrée d'ailleurs par l'argument de la défense selon lequel la victime avait bénéficié des mêmes conditions de logement que la famille et qu'elle faisait l'objet d'une véritable affection de leur part – a également été balayée par la Cour. Ainsi, elle a d'office considéré, conformément à la jurisprudence *Siliadin contre France*⁸⁷⁰, qu'un travail continu, à temps plein, sans rémunération, s'analyse en un travail forcé par nature incompatible avec la dignité de la personne humaine. Or, l'intérêt de cet arrêt est « *dans ce qu'il entraîne de définitif quant à l'appréciation de l'infraction qui, une fois reconnu le travail forcé, ne saurait être neutralisée par des considérations étrangères à l'objectivité d'une telle reconnaissance. C'est dire combien la qualification gagne en assurance, pour ne plus se prêter à une approche de la dignité en termes de vécu personnel* »⁸⁷¹. La Chambre criminelle dépasse ainsi, grâce à l'influence manifeste de la Convention européenne, l'interprétation classiquement retenue de l'article 225-14 du code pénal et vient clairement nourrir le droit national d'une dimension plus protectrice des droits.

268. L'application de la Convention en droit interne permet, ensuite, un enrichissement du droit national lacunaire, par le recours à des normes conventionnelles venues le compléter. L'arrêt du Conseil d'Etat du 19 novembre 2008⁸⁷² illustre par exemple⁸⁷³ le dépassement, sur le fondement de la Convention, d'une pratique jurisprudentielle nationale insuffisante. Dans cette affaire, le juge administratif vient pour la première fois reconnaître de

⁸⁶⁸ L'article 4 de la Convention européenne stipule pour l'essentiel que « *nul ne peut être tenu ni en esclavage, ni en servitude, ni être astreint à accomplir un travail forcé ou obligatoire* ».

⁸⁶⁹ Cass. Crim., 13 janvier 2009, pourvoi n°08-80.787, attendu n°5.

⁸⁷⁰ Cour EDH, 26 juillet 2005, *Siliadin c. France*, req. n°73316/01, Rec. 2005-VII ; *GACEDH*, n°17 ; *RTDC*, 2005, n°4, pp. 740-743, note J-P. MARGUENAUD ; *JCP G.*, 2005, n°42, II 10142, comm. F. SUDRE.

⁸⁷¹ Y. MAYAUD, « Tout travail forcé est incompatible avec la dignité humaine », *RSC*, 2009 p. 376.

⁸⁷² CE, 19 novembre 2008, *Société GETECOM*, req. n°292948.

⁸⁷³ Pour d'autres d'exemples concernant l'enrichissement du droit national par son amélioration ou correction, voir notamment R. DE GOUTTES, « La priorité substantielle du droit interne », *op. cit.*, p. 53 et suiv.

manière expresse⁸⁷⁴ la notion d'espérance légitime consacrée par la Cour européenne⁸⁷⁵ afin de qualifier une créance, non constituée, de « bien » au sens de l'article 1 du protocole n°1 de la Convention. Il indique « *qu'à défaut de créance certaine, l'espérance légitime d'obtenir la restitution d'une somme d'argent doit être regardée comme un bien au sens de ces stipulations* » et permet ainsi de renforcer la protection du droit au respect de ses biens sur la base d'une simple créance virtuelle. Cet enrichissement de la jurisprudence nationale a notamment été confirmé en 2010⁸⁷⁶ et démontre combien le droit européen permet de renforcer la protection des droits de l'homme en droit interne.

269. S'agissant, enfin, de la correction du droit national par l'éviction de lois contraires à la Convention, l'exemple du système juridique français relatif à la garde à vue illustre les bénéfices d'une juste application du droit européen. Suite notamment⁸⁷⁷ à l'arrêt Brusco contre France du 14 octobre 2010⁸⁷⁸, la Cour de cassation va en effet écarter le droit national sur le fondement de l'article 6 § 1 de la Convention et retenir une violation du droit à un procès équitable⁸⁷⁹, dès lors les règles posées par l'article 63-4 du Code de procédure pénale ne satisfont pas aux exigences conventionnelles relatives à l'assistance d'un avocat, dès le début de la garde à vue, ainsi qu'à la notification du droit de garder le silence à la personne gardée à vue. Malgré l'imminente entrée en vigueur de la nouvelle loi du 14 avril 2011, réformant en profondeur le régime de la garde à vue⁸⁸⁰, l'assemblée plénière s'est donc saisie de toutes les potentialités du fondement conventionnel pour neutraliser le droit national, non immédiatement respectueux des droits de l'homme⁸⁸¹.

⁸⁷⁴ Dans une affaire antérieure, CE, Ass., 7 juillet 2004, *SARL Ghesquière Equipement*, req. n°230169, le Conseil d'Etat avait fait une application de la notion d'espérance légitime au cas des créances non constituées mais de manière implicite et sans recours au fondement de la Convention européenne des droits de l'homme.

⁸⁷⁵ Cour EDH, 20 novembre 1995, *Pressos compania naviera S.A. et autres c. Belgique*, req. n°17849/91, série A n°332, *JDI*, 1996, n°1, pp. 259-262, note P. TAVERNIER ; *GP*, 1996, n°285, note C. PETTITI. Dans cette affaire, la Cour européenne reconnaît la notion d'espérance légitime même s'agissant de créances simplement virtuelles.

⁸⁷⁶ CE, 13 octobre 2010, *M. Christian A.*, req. n°307619.

⁸⁷⁷ Voir également la décision du Conseil constitutionnel n°2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010, *M. Daniel W. Et autres* [Garde à vue] où le Conseil a jugé les articles en cause du Code de procédure pénale contraires à la Constitution.

⁸⁷⁸ Cour EDH, 14 octobre 2010, *Brusco c. France*, req. n°1466/07 ; *JCP G.*, 2010, n°43, 1064, F. SUDRE.

⁸⁷⁹ Cass., Ass. plén., 15 avril 2011, *Mme X*, pourvoi n°10-30.313.

⁸⁸⁰ Loi n°2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue (1).

⁸⁸¹ Dans sa décision n°2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres*, le Conseil constitutionnel décide qu'il ne peut y avoir d'abrogation immédiate, d'où l'instauration d'un régime transitoire visant à maintenir jusqu'au 1er juillet 2011, la législation pourtant déclarée inconstitutionnelle. Si la Chambre criminelle de la Cour de Cassation, dans ses arrêts du 19 octobre 2010, a décidé de marcher dans les traces du Conseil, l'assemblée plénière a, quant à elle, sanctionné l'effet différé de la décision d'inconstitutionnalité et décidé d'une application immédiate du droit à l'assistance par un avocat.

270. Pour conclure, la mise en œuvre de la Convention européenne en droit interne a très clairement un effet « *révéléateur de la loi nationale, elle incite le juge national à l'enrichir, la vivifier, en dégager toutes les potentialités dans le domaine de la protection des droits et libertés* »⁸⁸². Toutefois, « *l'application du droit européen peut aussi accentuer les effets pervers des particularismes locaux et favoriser les oppositions entre juges* »⁸⁸³, notamment en France où « *le dualisme juridictionnel autorise une appréciation différenciée des exigences européennes selon que l'on s'adresse au juge administratif ou au juge judiciaire* »⁸⁸⁴. Cela étant et malgré le risque de complexification du droit national en raison de l'éventuelle concurrence entre les juges nationaux, cet enrichissement – suscité par l'application décentralisée de la Convention – apparaît clairement bénéfique au droit interne et tout particulièrement, au juge national.

2- La valorisation de l'office du juge national

271. La définition du juge national comme juge de droit commun de la Convention, provoque naturellement une transformation de l'office du juge, qui peut être néanmoins différemment interprétée. A première vue, « *la jurisprudence de la Cour européenne limite nécessairement le pouvoir du juge interne* »⁸⁸⁵ dans la mesure où d'une part, elle encadre son office en le contraignant à appliquer des normes conventionnelles toujours plus précises et d'autre part, les juridictions nationales peuvent voir l'autorité de leurs décisions remise en cause par un contrôle *a posteriori* de la Cour européenne. Bien que cette limitation de souveraineté s'explique dans la perspective d'une interprétation effective et harmonisée des droits de l'homme en Europe, l'atteinte portée à la souveraineté du juge et à l'autorité même de la chose jugée n'en est pas moins réelle.

⁸⁸² R. DE GOUTTES, « La Convention européenne des droits de l'homme et le juge national : vers une consolidation de la mission et du statut du juge ? », in F. SUDRE (dir.), *Le droit français et la Convention européenne des droits de l'homme : 1974-1992, actes du colloque de Montpellier*, Édition Engel, 1994, p. 53. Par ailleurs, l'auteur souligne que cette mise en œuvre, en droit interne, de la Convention amène également le juge à « *renouveler son mode de raisonnement [...] rendu nécessaire par le travail de mise en compatibilité entre le droit national et les garanties de la Convention qui oblige à modifier profondément les méthodes traditionnelles d'interprétation du droit* ».

⁸⁸³ O. DORD, « Systèmes juridiques nationaux et cours européennes : de l'affrontement à la complémentarité ? », *Pouvoirs*, 2001, n°96, p. 15.

⁸⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁸⁵ M. LEVINET, *Théorie générale des droits et libertés*, LGDJ, 4^{ème} édition, 2012, p. 253.

272. Toutefois, il est également possible d'apprécier différemment la Convention européenne et de considérer qu'elle entraîne une valorisation de l'office du juge et « *apporte un puissant renfort, une puissante impulsion au juge dans sa mission* »⁸⁸⁶. En effet, dès lors que le juge national est « *le maître d'œuvre de l'application de la Convention européenne au plan national* »⁸⁸⁷, son rôle, sa mission, sont à la fois renforcés et modifiés⁸⁸⁸.

Renforcés, tout d'abord, dès lors que le traité devient une nouvelle source de droits à disposition du juge, « *une nouvelle charte de référence européenne des libertés et droits fondamentaux* »⁸⁸⁹ qui consolide, par conséquent, sa fonction première de gardienne des libertés individuelles⁸⁹⁰. Son office en est d'autant consolidé qu'il n'existe pas de condition de recevabilité propre au recours conventionnel en droit interne et que tout citoyen peut donc se saisir de ce fondement. Le champ d'application de la Convention est par ailleurs si vaste qu'il touche aussi bien les relations entre personnes publiques et privées que les seules relations interpersonnelles. C'est pourquoi il est possible d'affirmer que la Convention permet également un renforcement du rôle du juge, « *le confort[ant] dans son office [et] élargissant ses possibilités de contrôle des règles nationales* »⁸⁹¹.

Modifiés, ensuite, dès lors que la transformation de l'office du juge passe également par l'intégration de nouvelles méthodes de jugement conformes au contrôle exercé par la Cour européenne⁸⁹². Le juge national doit en effet intégrer le contrôle pluridimensionnel du juge européen, qui impose de vérifier la nécessité-finalité et proportionnalité de la mesure, et en cas de contrariété, d'abroger ladite loi tout en astreignant le législateur à légiférer de manière conforme aux exigences européennes. Mais n'y aurait-il pas là une source de conflit entre pouvoirs dès lors que l'autorité judiciaire aurait la possibilité de contraindre le Parlement à la

⁸⁸⁶ R. DE GOUTTES, « La Convention européenne des droits de l'homme et le juge national : vers une consolidation de la mission et du statut du juge ? », *op. cit.*, p. 51.

⁸⁸⁷ *Ibid.*, p. 50.

⁸⁸⁸ *Ibid.*, p. 56 et suiv. Selon l'auteur, la consolidation du statut du juge national se lit d'une part, dans la consécration européenne de l'existence d'un pouvoir judiciaire et d'autre part, dans la garantie de l'indépendance du pouvoir judiciaire.

⁸⁸⁹ *Ibid.*, p. 51.

⁸⁹⁰ Voir, en ce sens, l'article 66 de la Constitution française de 1958 qui dispose que « *Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi* ».

⁸⁹¹ M. LEVINET, *Théorie générale des droits et libertés*, LGDJ, 4^{ème} édition, 2012, p. 253.

⁸⁹² Voir notamment, en ce sens, C. JAMIN, « Motivation. - Cour de cassation : une question de motivation », *JCP G.*, 2015, n° 29, doct. 878 et B. LOUVEL, « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », *JCP G.*, 2015, n°43, 1122, qui font état d'une rénovation des méthodes de travail de la Cour de Cassation afin que la Cour européenne fasse jouer le principe de subsidiarité.

redéfinition de l'appareil législatif⁸⁹³ ? Il est clair que « *les constats d'incompatibilité de procédures ou d'institutions nationales avec la Convention provoquent évidemment des désordres, facteurs de réactions hostiles, en ce qu'ils contraignent à reconstruire, sous la contrainte et dans l'urgence, des procédures ou institutions créées par la loi* »⁸⁹⁴. Cette tension potentielle doit toutefois être tempérée dans la mesure où, le rôle du juge n'est nullement de limiter le pouvoir du législateur, en conditionnant son œuvre, mais uniquement de contrôler la légalité et conventionnalité de ses lois. Il n'en reste pas moins que « *dans l'ordre institutionnel national, sa position a changé en déplaçant l'équilibre de ses relations avec les autres pouvoirs, en particulier avec le pouvoir législatif* »⁸⁹⁵.

273. Au-delà de la vision sommaire d'une limitation des pouvoirs du juge, l'application et la protection de la Convention par les juridictions internes engendrent donc une modification et un renforcement de son office qui n'en est que plus valorisé. Malgré le rôle prioritaire du juge national dans la garantie du respect des droits, la Cour européenne conserve un rôle important – bien que secondaire – dans le contrôle de cette garantie.

§2- Le rôle secondaire de la Cour européenne dans le contrôle du respect des droits garantis

274. Parce qu'elle ne peut être saisie qu'après un épuisement préalable des voies de recours internes et que les autorités nationales ont donc un rôle prioritaire dans l'application et la protection des droits, la Cour n'exerce qu'un contrôle subsidiaire à celui des juridictions nationales ; telle est la spécificité de l'ultime contrôle exercé par le juge européen (A). En effet, son contrôle ne vise nullement à supplanter le rôle des juridictions nationales mais seulement à déterminer si l'Etat a ou non respecté ses obligations au titre de la Convention. La Cour européenne justifie par ailleurs la nature subsidiaire de son contrôle, en raison de son éloignement avec les conditions locales d'application de la Convention, contrairement aux

⁸⁹³ Voir notamment A. UBEDA DE TORRES, « Un dialogue sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 192. L'auteur explique qu'on « assiste à une modification corrélative du rôle du législateur sur le plan national dont la conformité du travail par rapport à une norme internationale est contrôlée par le juge national et en dernière instance, par la Cour internationale ».

⁸⁹⁴ G. CANIVET, « Cours suprêmes nationales et Convention européenne des droits de l'homme, Nouveau rôle ou bouleversement de l'ordre juridique ? », in *Dialogue entre juges, séminaire organisé à la Cour européenne des droits de l'homme le 12 janvier 2005*, p. 4, article disponible sur :

http://www.courdecassation.fr/IMG/File/cours_supremes_canivet.pdf

⁸⁹⁵ *Ibid.*, p. 5, article disponible sur :

http://www.courdecassation.fr/IMG/File/cours_supremes_canivet.pdf

autorités nationales qui bénéficient, à l'inverse, d'une proximité avec les questions en jeu. En effet, la responsabilité de protéger les droits garantis revient en premier lieu aux autorités nationales parce qu'elles sont « *a priori mieux placées pour apprécier les besoins à cet égard* »⁸⁹⁶. Toutefois, il n'apparaît pas de manière certaine que le critère européen de « la meilleure position » soit, en toutes hypothèses, le plus pertinent **(B)**.

A- Un contrôle européen spécifique

275. L'idée d'une subsidiarité-complémentarité traduit le caractère secondaire et donc subsidiaire du mécanisme de garantie collective instauré par la Convention, qui n'a donc pour objectif d'intervenir qu'en cas de carences ou de défaillances des autorités nationales. L'ultime contrôle exercé par le juge européen **(2)** est donc, en ce sens, spécifique puisque seulement subsidiaire à celui des juridictions nationales **(1)**.

1- Le contrôle subsidiaire du juge européen

276. Comme l'explique le Professeur Sébastien TOUZE, « *le principe de subsidiarité joue un rôle de cliquet qui aurait pour fonction de maintenir, dans un rouage complexe, l'application du droit national par le juge interne et de ne permettre le contrôle européen que si ce même juge force le mécanisme en contrariant le sens de sa marche normale* »⁸⁹⁷. Cette subsidiarité du contrôle international suit une logique classique, dès lors que les Etats sont les acteurs principaux du droit international public et que la Cour est, elle-même, subordonnée à la volonté souveraine de ces derniers, ne possédant pas de pouvoir d'intervention directe. Parce qu'elle n'a pas vocation à traiter de l'ensemble du contentieux des droits de l'homme, la Cour de Strasbourg exerce un contrôle subsidiaire à celui des juridictions nationales et donc une fonction de régulation⁸⁹⁸ du contentieux, à travers un contrôle à la fois supplétif⁸⁹⁹ et *a*

⁸⁹⁶ A. UBEDA DE TORRES, « Un dialogue sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 198.

⁸⁹⁷ S. TOUZE, « La complémentarité procédurale de la garantie conventionnelle », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, édition Nemesis, Anthemis, 2014, p. 60.

⁸⁹⁸ Note du jurisconsulte de la Cour européenne, sur le « Principe de subsidiarité », dans le cadre du *Suivi d'Interlaken*, 8 juillet 2012, p. 4, disponible sur :

http://www.echr.coe.int/Documents/2010_Interlaken_Follow-up_FRA.pdf

⁸⁹⁹ M. LEVINET, *Théorie générale des droits et libertés*, LGDJ, 4^{ème} édition, 2012, p. 261.

posteriori. L'idéal du système européen résiderait donc dans l'absence totale de saisine de la Cour européenne puisque tous les griefs pourraient être utilement et effectivement redressés en droit interne.

277. Mais pareille coexistence des juridictions nationales et du juge européen suscite des interrogations quant à la complémentarité de leurs offices⁹⁰⁰. A ce titre, relevons qu'il existe une divergence de points de vue dans la doctrine. En effet, certains auteurs considèrent que les juges nationaux et la Cour européenne possèdent des « *tâches complémentaires [bien que] distinctes et donc non équivalentes et non interchangeables* »⁹⁰¹, tandis que pour d'autres, l'affirmation selon laquelle le système européen des droits de l'homme est complémentaire aux systèmes nationaux exclut au moins toute idée de « *complémentarité juridictionnelle* »⁹⁰², puisqu'il n'y a pas de prolongement direct de la requête nationale en droit européen. S'il nous semble que le débat porte essentiellement sur une vision plus ou moins souple de la notion même de complémentarité, il est vrai que l'idée de complémentarité *des systèmes* n'implique pas forcément une complémentarité *des contrôles*. En ce sens, le juge européen n'a pas exactement le même rôle que le juge national⁹⁰³ dans la mesure où il vise « *à déterminer si la responsabilité de l'Etat peut être engagée en cas de constat d'une violation de ses obligations conventionnelles* »⁹⁰⁴ tandis que le contrôle national porte, quant à lui, sur « *l'application de la règle de droit interne* »⁹⁰⁵ vis-à-vis des exigences conventionnelles. La Cour indique d'ailleurs qu'elle « *a la charge de surveiller le respect par les États contractants de leurs obligations découlant de la Convention* »⁹⁰⁶, à l'inverse du juge national qui veille à la conventionnalité de la norme nationale. En d'autres termes, parce qu'il revient à la Cour « *de vérifier si la solution à laquelle est parvenue le juge interne viole la Convention [et] non de contrôler l'interprétation de la norme interne qu'il a retenue pour fonder sa décision* »⁹⁰⁷, son contrôle n'est pas en soi identique à celui des juges nationaux. Béatrice DELZANGLES

⁹⁰⁰ M. LEVINET, « Propos introductifs », in M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruylant, 2010, p. 7.

⁹⁰¹ J. CALLEWAERT, « La subsidiarité dans l'Europe des droits de l'homme : la dimension substantielle », in M. VERDUSSEN (dir.), *L'Europe de la subsidiarité*, Bruylant, 2000, p. 16.

⁹⁰² S. TOUZE, « La complémentarité procédurale de la garantie conventionnelle », *op. cit.*, p. 75.

⁹⁰³ Voir, en ce sens, J. CALLEWAERT, « La convention européenne des droits de l'homme entre effectivité et prévisibilité », in *Mélanges en l'hommage à Pierre LAMBERT: Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Bruylant, 2000, p. 104.

⁹⁰⁴ S. TOUZE, « La complémentarité procédurale de la garantie conventionnelle », *op. cit.*, p. 73.

⁹⁰⁵ *Ibid.*

⁹⁰⁶ Cour EDH, déc., Gde ch., 19 septembre 2015, *Gherghina c. Roumanie*, req. n°42219/07, § 83.

⁹⁰⁷ B. DELZANGLES, « Le rôle du juge national comme garant de la Convention européenne des droits de l'homme : renforcement ou affaiblissement ? », in D. LOCHAK (dir.), *Mutations de l'Etat et protection des droits de l'homme*, Presses Universitaires de Paris 10, 2006, p. 111.

souligne, par ailleurs, qu'il existe, selon elle, « *deux niveaux de protection indépendants l'un de l'autre tant du point de vue matériel que du point de vue procédural [puisqu'] les Etats sont les premiers garants de la Convention et [qu'ils] disposent, pour ce faire, d'une liberté d'appréciation tandis que le mécanisme européen n'intervient qu'a posteriori pour sanctionner leurs défaillances* »⁹⁰⁸. Les moyens mis à disposition des juges sont également différents puisque seules les juridictions nationales ont la possibilité d'annuler un acte contraire à la Convention, la Cour ne pouvant que constater son inconvencionnalité.

278. Toutefois, l'affirmation péremptoire selon laquelle l'objet et la finalité des contrôles nationaux et européen ne sont pas les mêmes⁹⁰⁹, nous semble devoir être tempérée. En effet, que ce soit d'une part, le contrôle national – poursuivant la responsabilité de l'une ou l'autre des autorités nationales pour atteintes aux droits garantis – ou le contrôle strasbourgeois – appréciant la conformité ou non du comportement étatique avec l'obligation conventionnelle – tous deux partagent une finalité commune de protection effective des droits de l'homme en Europe. S'il existe donc une différence entre les deux contrôles de la protection des droits, le requérant débouté en droit interne va, *in fine*, saisir la Cour européenne pour obtenir condamnation et réparation, non plus certes de l'autorité nationale spécifiquement en cause mais plus globalement de l'Etat membre qui a manqué à ses obligations au titre de la Convention. Cette distinction s'explique tout naturellement du fait de la nature internationale du contrôle de la Cour et répond donc à une vision internationaliste des offices des juges qui, sans être identiques, nous semblent pour le moins essentiellement complémentaires⁹¹⁰. Loin de pratiquer un contrôle accessoire de la protection des droits de l'homme – comme pourrait le laisser penser son caractère subsidiaire – le juge européen exerce, au contraire, l'ultime contrôle de la garantie du respect des droits.

⁹⁰⁸ B. DELZANGLES, « Variation des relations entre le système européen de protection des droits de l'homme et les systèmes nationaux : l'inconstance du principe de subsidiarité », in *Jeu des influences croisées du droit français, du droit européen et du droit des autres pays européens. Actes des journées juridiques franco-polonaises organisées à l'Université de Jagellonne (Cracovie) les 22 et 23 octobre 2010*, Mare & Martin, 2013, pp. 148-149.

⁹⁰⁹ S. TOUZE, « La complémentarité procédurale de la garantie conventionnelle », *op. cit.*, p. 73.

⁹¹⁰ Entendu au sens de ce « *qui constitue un complément, qui vient s'ajouter à d'autres choses de même nature pour les compléter* » (*Dictionnaire Larousse*, disponible sur : <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/compl%C3%A9mentaire/17673>), le « complément » n'étant pas identique au « complété », puisque apportant une plus-value.

2- L'ultime contrôle du juge européen

279. Affirmer qu'il n'existe aucun rapport de hiérarchie entre le système européen et les ordres juridiques nationaux⁹¹¹, nous semble *a priori* excessif. En effet, et même s'il est vrai que la Cour européenne n'endosse normalement pas le rôle de juridiction suprême – puisque la teneur et la finalité des contrôles nationaux et européen diffèrent – elle se place néanmoins dans un rapport de supériorité avec les juridictions nationales, dès lors que son interprétation « *est celle qui s'impose en cas de divergences de vues avec le juge national* »⁹¹². Du fait de ce pouvoir de dernier mot, pèse sur les juges nationaux, une claire obligation d'intégrer l'interprétation légitimement délivrée par la Cour ainsi qu'une obligation de suivre les jugements tranchés par elle, obligations qui impliquent par là-même une évidente soumission nationale. Le juge européen se dessine alors comme le « *juge des juges nationaux* »⁹¹³, comme « *le juge ultime* »⁹¹⁴ de l'interprétation et application des droits.

280. Ainsi, la subsidiarité – qui impose que les autorités nationales interviennent en priorité vis-à-vis du juge européen – ne serait finalement qu'un critère temporel⁹¹⁵, dictant une priorité somme toute relative du contrôle national. En effet et selon la logique classique de subsidiarité, dès que l'organe local (national en l'espèce) est défaillant, l'autorité supérieure a le devoir d'intervenir. D'un point de vue fonctionnel, les offices des juges nationaux et du juge européen seraient donc globalement complémentaires mais d'un point de vue organique, il existerait inévitablement une supériorité hiérarchique du juge de Strasbourg vis-à-vis des juridictions internes.

281. Le principe de subsidiarité confirme donc, qu'en cas de litige, l'intervention définitive appartient à l'organe supérieur – à savoir, en l'espèce, au juge de Strasbourg – et a, *in fine*, pour effet « *de donner la parole à celui qui intervient en dernier lieu* »⁹¹⁶. Un tel partage des responsabilités est d'autant plus relatif qu'il se voit justifié par un critère pour le moins incertain.

⁹¹¹ Voir notamment B. DELZANGLES, « Variation des relations entre le système européen de protection des droits de l'homme et les systèmes nationaux : l'inconstance du principe de subsidiarité » *op. cit.*, p. 149.

⁹¹² M. LEVINET, *Théorie générale des droits et libertés*, *op. cit.*, p. 272.

⁹¹³ A. UBEDA DE TORRES, « Un dialogue sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 192.

⁹¹⁴ M. VERDUSSEN, « La protection des droits fondamentaux en Europe : subsidiarité et circularité », in F. DELPEREE (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruylant, 2002, p. 322.

⁹¹⁵ P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme : essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005, p. 392.

⁹¹⁶ *Ibid.*

B- L'inadaptation partielle du critère européen de la « meilleure position » des autorités nationales

282. De manière générale, nombreux sont les auteurs⁹¹⁷ qui soulignent les risques d'un recours à la subsidiarité sans qu'aucun critère de définition ne soit précisément et juridiquement identifié. Le Professeur Chantal DELSOL explique, par exemple, que « *les conditions dans lesquelles [le principe de subsidiarité] réclame l'ingérence de l'Etat [ou de l'autorité supérieure] ne peuvent guère recevoir de définitions objectives : l'incapacité, la négligence, le besoin pressant sont des critères flottants dépendants des situations* »⁹¹⁸. Si le principe de subsidiarité et la règle de l'épuisement des voies de recours internes désignent les autorités nationales comme les premières garantes de la protection des droits, c'est dans le seul but de protéger l'échelon le plus proche du citoyen car réputé, de ce fait, plus efficace que l'action du juge international. En effet, « *plus l'échelon de décision et de gestion est éloigné du "terrain", plus l'action a de chances d'être inadaptée, mal appliquée et de donner lieu à des fraudes* »⁹¹⁹. L'intervention prioritaire des Etats membres se justifie donc *a priori* du fait de leur proximité avec les enjeux à traiter (1). Toutefois, la présomption selon laquelle « proximité = efficacité » ne semble pas valable en toutes hypothèses mais doit être, au contraire, ponctuellement renversée (2).

1- L'intervention prioritaire des Etats membres justifiée par leur proximité avec les enjeux locaux

283. Depuis sa très célèbre affaire *Handyside* contre Royaume-Uni du 7 décembre 1976, la Cour européenne n'a de cesse de marteler que « *grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités de l'Etat se trouvent en principe mieux placées que le juge international* »⁹²⁰, que ce soit pour « *déterminer ce qui est d'utilité*

⁹¹⁷ Voir, en plus des citations ultérieures de M. SCHMITT et F. THOMA, B. FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, Dalloz, 3ème édition, 2014, p. 507 et F. LEURQUIN-DE VISSCHER, « Existe-t-il un principe de subsidiarité ? », in F. DELPEREE (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruylant, 2002, p. 24, qui souligne qu'à « *l'ambiguïté des implications et du champ d'application du principe, s'ajoute encore celle qui affecte le critère qui délimite la frontière entre le devoir de non-intervention de l'autorité et celui de son intervention* ».

⁹¹⁸ C. DELSOL, *L'Etat subsidiaire : ingérence et non-ingérence de l'Etat : le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*, Editions du Cerf, 2015, p. 333.

⁹¹⁹ Rapport n°46 de C. DE LA MALENE, *L'application du principe de subsidiarité*, Délégation du Sénat pour l'Union européenne, 1996, III.A.2.a).

⁹²⁰ Cour EDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, req. n°5493/72, série A, n°24, § 48 (souligné par nous) ; *GACEDH*, n°7.

publique »⁹²¹, pour « *apprécier les difficultés particulières qu'implique la sauvegarde de l'ordre démocratique dans leur Etat* »⁹²² ou encore pour « *se prononcer sur la nature juridique de l'emploi des assistants maternels* »⁹²³. En effet, les autorités nationales jouissent, en principe, d'une meilleure position que le juge international du fait de leur proximité et connaissance directe des besoins locaux. Le critère de la « meilleure position » implique donc qu'un lien direct soit établi entre l'idée de proximité des autorités nationales et celle d'efficacité de leur action, et se justifie d'une part, car cette proximité suppose une « *plus grande justesse d'analyse* »⁹²⁴ et d'autre part, car elle leur offre un pouvoir de contrainte plus efficace que « *l'intervention simplement déclaratoire du juge européen* »⁹²⁵. Le principe de subsidiarité – qui impose que l'action soit exercée le plus près possible du niveau concerné – « *revêt [donc] d'autant plus d'importance que l'action de la Cour est plus lointaine et que le déficit d'informations à combler est bien plus lourd* »⁹²⁶.

284. Toutefois, la pertinence de ce critère doit être doublement relativisée.

Tout d'abord, notons que ce n'est qu'en principe, et non de manière systématique, que les autorités locales sont mieux placées que le juge international pour apprécier les situations potentiellement inconventionnelles⁹²⁷. En effet, les autorités nationales ne disposent que d'une compétence de principe – systématiquement rappelée par le juge européen d'ailleurs⁹²⁸ – qui suppose, par conséquent, l'existence d'exceptions. Il s'agit donc d'une présomption simple de compétence pouvant être renversée, notamment lorsque sont en cause des affaires où les autorités nationales ne disposent pas « *d'un cadre de proximité qui promeut une relation plus*

⁹²¹ Cour EDH, 4 février 2014, *Mottola et autres c. Italie*, req. n°29932/07, § 47 ; *JCP G.*, 2014, n°8, 247, obs. K. BLAY-GRABARCZYK.

⁹²² Cour EDH, Gde CH., 22 avril 2013, *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, req. n°48876/08, Rec. 2013, § 111 ; *JCP G.*, n°29, 2013, doct. 855, chron. F. SUDRE ; *AJDA*, 2013, n°31, p. 1794, chron. L. BURGORGUE-LARSEN.

⁹²³ Cour EDH, Gde ch., 9 juillet 2013, *Sindicatul "Pastorul Cel Bun" c. Roumanie*, req. n°2330/09, Rec. 2013, § 31 ; *JCP G.*, 2013, n°36, 919, veille G. GONZALEZ.

⁹²⁴ M. VERDUSSEN, « La protection des droits fondamentaux en Europe : subsidiarité et circularité », *op. cit.*, p. 318.

⁹²⁵ *Ibid.*

⁹²⁶ G. LÜBBE-WOLFF, « Comment la Cour européenne des droits de l'homme peut-elle renforcer le rôle des juridictions nationales dans le système de la Convention ? », in *Séminaire Dialogue entre juges, Comment assurer une plus grande implication des juridictions nationales dans le système de la Convention ?*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2012, p. 12.

⁹²⁷ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme, Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, 2001, p. 496.

⁹²⁸ Voir, par exemple, Cour EDH, 4 février 2014, *Staibano et Autres c. Italie*, req. n°29907/07, § 47 ; *JCP G.*, 2014, n°8, 247, obs. K. BLAY-GRABARCZYK ; Cour EDH, 17 décembre 2013, *Nicolò Santilli c. Italie*, req. n°51930/10, § 72 ; Cour EDH, Gde ch., 25 octobre 2012, *Vistiņš et Perepjolkins c. Lettonie*, req. n°71243/01, § 98 ; *Revue Lamy Droit civil*, 2014, n°113, p. 46, obs. K. DUCROCQ-PAUWELS.

directe et constante que celle dont pourrait jouir la Cour européenne »⁹²⁹, le critère de la proximité n'étant pas toujours synonyme d'une plus grande efficacité. Dans ce cas, l'argument d'une meilleure position devra faire l'objet d'une appréciation concrète⁹³⁰ afin de déterminer qui, des Etats ou de la Cour, est le plus à même à intervenir.

Se pose alors une seconde difficulté relative à l'appréciation subjective du critère de la meilleure position. En effet, la Cour sera nécessairement conduite à apprécier le renversement de la présomption « proximité = efficacité » et va donc *in fine* décider de l'opportunité de son intervention. Or, cette solution est particulièrement critiquable dans la mesure où « *le niveau supérieur sera seul juge de l'opportunité de son intervention* »⁹³¹, se retrouvant de manière préjudiciable, à la fois juge et partie⁹³². Ainsi, dans une affaire relative à la réglementation de l'usage des biens et à l'obligation pour un propriétaire de tolérer la chasse sur ses terres et ce, malgré ses convictions personnelles contraires⁹³³, le juge européen va dépasser les limites de son contrôle et intervenir dans un domaine qui relèverait davantage de la compétence nationale. En effet, la Cour européenne est venue empiéter sur la gestion de problèmes ne réclamant pas, *a priori*, de solution proprement européenne mais qui seraient finalement mieux traités au niveau national par les Parlements et autorités de chasse compétentes⁹³⁴, conformément au principe de subsidiarité.

285. Partant, le principe de la meilleure position des autorités locales n'est qu'« *un simple cadre d'appréciation abstrait, une toile de fond* »⁹³⁵ qui d'une part, peut être instrumentalisé et d'autre part, semble devoir être dépassé dès lors que la présomption « proximité = efficacité » est renversée.

⁹²⁹ P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme : essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, op. cit., p. 394.

⁹³⁰ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme, Prendre l'idée simple au sérieux*, op. cit., p. 496.

⁹³¹ F. THOMA, *Le principe de subsidiarité en droit communautaire*, Centre universitaire de Luxembourg, 1998, p. 35.

⁹³² M. SCHMITT, *Autonomie collective des partenaires sociaux et principe de subsidiarité dans l'ordre juridique communautaire*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2009, p. 78.

⁹³³ Cour EDH, Gde ch., 26 juin 2012, *Herrmann c. Allemagne*, req. n°9300/07 ; *AJDA*, 2012, n°31, p. 1726, chron. L. BURGORGUE-LARSEN.

⁹³⁴ Voir l'opinion dissidente commune aux juges DAVID THÓR BJÖRGVINSSON, VUČINIĆ et NUSSBERGER sous l'affaire Cour EDH, Gde ch., 26 juin 2012, *Herrmann c. Allemagne*, op. cit., et dans laquelle ils affirment qu'« *il s'agit là [...] d'un excellent exemple d'affaire dans laquelle le principe de subsidiarité devrait être pris très au sérieux* ».

⁹³⁵ P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme : essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, op. cit., p. 394.

2- Les hypothèses d'un renversement de la présomption « proximité = efficacité »

286. L'équation selon laquelle la proximité induit nécessairement une plus grande efficacité ne se vérifie pas en toutes circonstances. En effet, dans certains domaines, la Cour apparaît sûrement mieux placée et plus efficace que le juge national pour se prononcer. Ainsi, le critère unique de la meilleure position n'apparaîtrait pas des plus pertinents et céderait alors place à celui de l'efficacité de l'action comme condition privilégiée par la Cour. Le Professeur David SZYMCZAK considère d'ailleurs que l'efficacité est le seul critère à même « *de déterminer avec un minimum de rigueur le niveau optimum de protection des droits de l'homme* »⁹³⁶.

287. Cela étant, deux précisions doivent être préliminairement apportées.

Tout d'abord, l'enjeu sera différent selon que le critère de la meilleure position – et donc de la proximité – ou de l'efficacité de l'action, sera avantagé. Si le choix se porte sur un critère favorisant la proximité de l'action, les autorités nationales seront nécessairement et systématiquement privilégiées dans le rôle de protection des droits et libertés, tandis que si le choix se porte sur le critère de l'efficacité de l'action, la Cour pourra parfois être jugée plus légitime à intervenir.

Par ailleurs, l'objectif poursuivi sera également et par conséquent différent. En effet, si c'est la subsidiarité-proximité qui s'avère déterminante, alors le choix se tournera davantage vers une sauvegarde de la souveraineté des Etats. A l'inverse, la subsidiarité-efficacité poursuivra davantage un but d'harmonisation et de protection effective des droits de l'homme puisque « *la subsidiarité lue à travers le prisme de l'efficacité est alors le moyen de balayer l'obstacle de la souveraineté ou de mettre celle-ci au service de la Convention européenne* »⁹³⁷. Mais dans un cas comme dans l'autre, le choix recèle forcément un risque de dérives. D'un côté, la subsidiarité-proximité peut conduire à favoriser la proximité alors même que le niveau national n'est pas le plus adéquat au vu de la nature des questions litigieuses⁹³⁸. D'un autre côté, la subsidiarité-efficacité peut induire une action européenne

⁹³⁶ D. SZYMCZAK, « Rapport introductif : Le principe de subsidiarité dans tous ses états », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, édition Nemesis, Anthemis, 2014, p. 33.

⁹³⁷ B. DELZANGLES, « Variation des relations entre le système européen de protection des droits de l'homme et les systèmes nationaux : l'inconstance du principe de subsidiarité », *op. cit.*, p. 165.

⁹³⁸ J. CALLEWAERT, « La justification du principe de subsidiarité et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in F. DELPEREE (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruylant, 2002, p. 349.

anticipée – soit elle court-circuite l'action des Etats membres, soit elle les contraint à agir selon ses propres standards – dans des matières où, pourtant, une certaine liberté nationale s'impose⁹³⁹. Tout dépendra donc, finalement, du type et des effets du litige en jeu.

288. En effet, lorsque sont en cause des questions spécifiques s'appuyant sur des particularismes locaux, la proximité avec les événements à apprécier est nécessairement favorable à une bonne résolution de l'affaire. Parce qu'étrangère à ces spécificités morales⁹⁴⁰, religieuses⁹⁴¹, historiques⁹⁴² propres à chaque Etat⁹⁴³, la Cour doit faire preuve de retenue et s'en tenir donc à l'appréciation factuelle des autorités nationales. Toutefois, une certaine prise de recul semble parfois nécessaire lorsque sont en cause, à l'inverse, des problématiques dépassant le seul cadre national et qui, par conséquent, trouveraient meilleure solution par un traitement à l'échelle européenne. La position de « supériorité » de la Cour européenne peut alors être bénéfique face à des affaires ayant trait à des questions morales et éthiques qui « demandent à être abordées dans une optique plus large que seulement nationale parce qu'elles touchent aux standards communs des Etats européens »⁹⁴⁴. Partant, cette meilleure ou moins bonne position des juridictions nationales serait donc fonction des questions et enjeux traités, ces dernières étant les mieux placées pour régler des situations de portée nationale, la Cour européenne pour trancher des situations de portée supranationale⁹⁴⁵.

⁹³⁹ B. DELZANGLES, « Variations des relations entre le système européen de protection des droits de l'homme et les systèmes nationaux : l'inconstance du principe de subsidiarité », *op. cit.*, p. 151.

⁹⁴⁰ Voir, par exemple, Cour EDH, 29 octobre 1992, *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, req. n°14234/88, série A n°246, § 68 ; *GACEDH*, n°72 ; *JCP G.*, 1993, n°8, I 3654, chron. F. SUDRE ; Cour EDH, Gde ch., 8 juillet 2004, *Vo c. France*, req. n°53924/00, § 82 ; *GACEDH*, n°10 ; *JCP G.*, 2004, n°42, II 10158, comm. M. LEVINET ; Cour EDH, Gde ch., 16 décembre 2010, *A, B et C c. Irlande*, req. n°25579/05, § 222 ; *JCP G.*, 2011, n°3, 58, obs. M. LEVINET ; *JCP G.*, 2011, n°4, doct. 94, chron. F. SUDRE ; Cour EDH, 24 mai 1988, *Müller et autres c. Suisse*, req. n°10737/84, série A n°133, § 35, *GACEDH*, n°59.

⁹⁴¹ Voir, par exemple, Cour EDH, Gde ch., 13 février 2003, *Rafah Partisi (Parti de la Prosperité) et autres c. Turquie*, req. n°41340/98 et al., § 95 ; *JCP G.*, 2003, n°37, I 160, chron. F. SUDRE ; Cour EDH, Gde ch., 18 mars 2011, *Lautsi et Autres c. Italie*, req. n°30814/06 ; *JCP G.*, 2011, n°20, 601, note G. GONZALEZ.

⁹⁴² Voir, par exemple, Cour EDH, Gde ch., 18 mars 2011, *Lautsi et Autres c. Italie*, req. n°30814/06, § 67, *op. cit.* ; Cour EDH, Gde ch., 30 juin 2005, *Jahn et autres c. Allemagne*, req. n°46720/99 et al., § 112 ; *JDI*, n°3, 2006, p. 1162, chron. D. LEMETAYER ; Cour EDH, Gde ch., 25 octobre 2012, *Vistiņš et Perepjolkins c. Lettonie*, req. n°71243/01, § 113 ; *JDI*, 2013, n°4, p. 1317, chron. D. LACHAL ; Cour EDH, 20 mai 1999, *Rekvenyi c. Hongrie*, req. n°25390/94, Rec. 1999-III, § 41 ; *JDI*, 2009, n°3, p. 1055, chron. E. DECAUX et Cour EDH, Gde ch., 26 septembre 1995, *Vogt c. Allemagne*, req. n°17851/91, série A n°323, § 59 ; *GACEDH*, n°61 ; *RTDH*, 1996, n°27, p. 405, comm. F. SUDRE.

⁹⁴³ Voir, notamment, Cour EDH, 16 février 2010, *Akdas c. Turquie*, req. n°41056/04, § 30 (*JCP G.*, 2010, n°35, doct. 859, chron. F. SUDRE) : « la reconnaissance accordée aux singularités culturelles, historiques et religieuses des pays membres du Conseil de l'Europe... ».

⁹⁴⁴ J. CALLEWAERT, « La justification du principe de subsidiarité et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in F. DELPEREE (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruylant, 2002, p. 350.

⁹⁴⁵ *Ibid.*, p. 351.

289. Toutefois, le critère déclenchant l'action subsidiaire, ne reste pas moins marqué d'un manque de clarté et de précisions flagrant. De ce fait, la jurisprudence européenne est d'ailleurs particulièrement floue s'agissant du ou des critères justifiant le déclenchement de l'action judiciaire européenne. Ainsi, la Cour exagère parfois son rôle complémentaire et « botte en touche » pour ne pas avoir à se prononcer⁹⁴⁶, notamment lorsque sont en cause des questions jugées sensibles⁹⁴⁷, tandis que parfois elle se considère mieux placée que les autorités nationales, notamment lorsque sont en cause des violations à grande échelle⁹⁴⁸.

290. Malgré ces fluctuations jurisprudentielles, il semblerait néanmoins que le juge strasbourgeois se place de plus en plus fréquemment sur le terrain d'une subsidiarité-efficacité⁹⁴⁹, sensiblement identique d'ailleurs à la subsidiarité telle qu'entendue en droit communautaire. Dans l'affaire Kurić et autres contre Slovénie du 26 juin 2012 par exemple, la Cour décide – à contre-sens de la subsidiarité-liberté, protectrice de la souveraineté des Etats – « d'indiquer au gouvernement défendeur [...] qu'il doit mettre en place, dans un délai d'un an, un système d'indemnisation ad hoc au niveau interne »⁹⁵⁰ et justifie cette extension de compétence par deux arguments successifs. Le premier – classique – tenant à la défaillance du niveau étatique puisque les faits attestent de l'existence d'un dysfonctionnement en raison duquel les requérants continuent de se voir refuser une réparation pour la violation de leurs droits fondamentaux⁹⁵¹. Le second tenant à la meilleure aptitude du niveau européen et à la plus-value du prononcé d'une affaire pilote qui englobe, bien plus que les seuls intérêts des requérants, mais conduit également la Cour à apprécier l'affaire sous l'angle de mesures générales et donc, dans l'intérêt des autres personnes potentiellement touchées⁹⁵². Or, il est clair qu'« en envisageant ses relations avec les Etats en termes de compétences normatives

⁹⁴⁶ Voir, notamment, Cour EDH, déc., 9 juillet 2002, *Zirovnický c. République Tchèque*, req. n°46170/99, § 2.1 : « la Cour considère qu'il s'agit ici d'un cas typique de quatrième instance et que le requérant ne fait que polémiquer avec les conclusions des tribunaux nationaux ».

⁹⁴⁷ Voir *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 2.

⁹⁴⁸ Voir par exemple Cour EDH, 12 octobre 2010, *Maria Atanasiu et autres c. Roumanie*, req. n°30767/05, §§ 215-217.

⁹⁴⁹ Voir notamment, B. DELZANGLES, *Activisme et autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, Fondation Varenne, 2009, p. 322 et suiv. où l'auteur explique que cette approche de la subsidiarité est sous-tendue par l'expression de « compétences prioritaires » alors même que l'articulation des systèmes, en termes de priorité, ne précise nullement si son intervention est alternative ou complémentaire à celle des autorités nationales. Cette subsidiarité-efficacité rejoint alors la conception classique de la subsidiarité communautaire, selon laquelle l'autorité supérieure doit intervenir lorsque l'action envisagée est mieux réalisée, compte tenu de la dimension ou des effets de celle-ci, au niveau de l'Union européenne.

⁹⁵⁰ Cour EDH, Gde ch., 26 juin 2012, *Kurić et autres c. Slovénie*, req. n°26828/06, § 415 ; *JDI*, 2013, n°4, chron. 8., chron. H. APCHAIN.

⁹⁵¹ *Ibid.*, § 412.

⁹⁵² *Ibid.*, § 413.

concurrentes et alternatives et non en termes de compétences propres mais complémentaires »⁹⁵³, on assiste à un transfert des compétences étatiques plutôt qu'à une limitation de la souveraineté de l'Etat, ce qui n'est pas sans avantage pour le juge des droits de l'homme, dans la mesure où ce type de subsidiarité lui permet une liberté d'appréciation évidente.

291. Par conséquent, et comme le souligne Beatrice DELZANGLES, lorsque la Cour envisage la proximité des Etats membres avec la situation litigieuse, ce n'est plus en tant que « *source d'exonération de ces derniers, supposés avoir une meilleure connaissance des faits, mais comme une cause de plus grande efficacité justifiant que soit mis à leur charge toujours plus d'obligations conventionnelles* »⁹⁵⁴. Le critère de la meilleure position – reposant sur une logique binaire selon laquelle la proximité suppose une plus grande efficacité – serait donc peu à peu évincé au profit du seul critère de l'efficacité.

*
* *

292. Le système européen de protection des droits de l'homme, en tant que système subsidiaire et donc seulement complémentaire aux systèmes nationaux, induit un nécessaire partage des responsabilités entre le niveau interne et international. Selon ce partage, l'ensemble des autorités nationales exerce un rôle prioritaire dans l'application et la protection nationale de la Convention, les autorités législatives et exécutives se voyant principalement conférer un devoir de mise en œuvre du droit, les autorités judiciaires, un devoir de protection du droit. En découle un enrichissement général du droit national ainsi qu'une valorisation évidente du rôle du juge interne et ce, bien que l'application de la Convention puisse aussi être « *perçue comme facteur de limitations de [ses] pouvoirs et de restriction à sa souveraineté* »⁹⁵⁵. Parce que ce traité européen a vocation à être appliqué en droit interne et que les autorités nationales sont les premiers acteurs de la protection des droits, la Cour est quant à elle dotée d'un rôle subsidiaire et donc secondaire. Son contrôle du respect des droits

⁹⁵³ B. DELZANGLES, « Variations des relations entre le système européen de protection des droits de l'homme et les systèmes nationaux : l'inconstance du principe de subsidiarité », *op. cit.*, p. 167.

⁹⁵⁴ B. DELZANGLES, « Variations des relations entre le système européen de protection des droits de l'homme et les systèmes nationaux : l'inconstance du principe de subsidiarité », *op. cit.*, p. 171.

⁹⁵⁵ R. DE GOUTTES, « La Convention européenne des droits de l'homme et le juge national : vers une consolidation de la mission et du statut du juge ? », in F. SUDRE (dir.), *Le droit français et la Convention européenne des droits de l'homme : 1974-1992, actes du colloque de Montpellier*, Édition Engel, 1994, p. 49.

n'en est toutefois que plus important puisque, titulaire d'un pouvoir de dernier mot, c'est bien elle qui exercera le contrôle ultime de la protection des droits.

293. Par ailleurs, et en tant que conséquence directe de la fameuse règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes, « *les pouvoirs d'intervention de la Cour sont par principe limités aux seuls cas où les institutions nationales se sont montrées incapables d'assurer une protection effective des droits de la Convention* »⁹⁵⁶. Néanmoins, des incertitudes existent quant au critère privilégié par la Cour pour justifier la nature de son contrôle. En effet, au critère de la défaillance du niveau inférieur – visant à favoriser une subsidiarité-proximité, elle-même justifiée par la soi-disant « meilleure position » des autorités nationales – s'ajoute celui de l'efficacité de l'action souvent favorisé lorsque l'équation « proximité = efficacité » n'est plus vérifiée. La Cour exercera alors un contrôle plus poussé que celui classiquement autorisé par le principe de subsidiarité. Cela étant, ni l'ambiguïté du critère européen d'application de la subsidiarité, ni celle du principe même de subsidiarité⁹⁵⁷, ne sont un frein à l'érection de son rôle de principe structurant l'organisation du système européen.

⁹⁵⁶ D. SZYMCZAK, « Rapport introductif : Le principe de subsidiarité dans tous ses états », *op. cit.*, pp. 27 et 28.

⁹⁵⁷ Voir *infra*, Partie 1, Titre 1.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

295. En tant que « *un principe d'articulation des compétences entre autorités nationales et juridiction régionale* »⁹⁵⁸, la subsidiarité se voit dotée d'une fonction directrice essentielle au bon fonctionnement du système conventionnel, celle de structurer son organisation. Découle en effet du principe de subsidiarité, la très célèbre règle de l'épuisement des voies de recours internes qui « *reconnaît la compétence première et le devoir de l'Etat [d'appliquer] dans son ordre juridique interne les droits et libertés inscrits dans la Convention* »⁹⁵⁹. Son objectif est donc de protéger l'autonomie des Etats membres⁹⁶⁰, afin que ceux-ci soient toujours en mesure de se prononcer en amont d'un contrôle de la Cour. Néanmoins, la jurisprudence européenne n'aura de cesse de transformer et limiter cette règle d'ordre procédurale au point que, devenue véritablement contraignante à l'égard des Etats, elle apparaît comme une simple manifestation formelle du principe de subsidiarité.

296. L'articulation des systèmes autour de la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes implique, par ailleurs, la définition d'un système européen seulement complémentaire aux systèmes nationaux. En effet, la Cour de Strasbourg affirme que « *les autorités nationales sont responsables au premier chef de la mise en œuvre et de la sanction des droits et libertés garantis par la Convention, de sorte que le mécanisme de plainte devant la Cour revêt bien un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux* »⁹⁶¹. Le principe de subsidiarité constitue ainsi l'armature du système conventionnel et pose les bases de son fonctionnement au travers d'une logique de responsabilité partagée (rôle prioritaire des juridictions nationales – rôle subsidiaire de la Cour européenne).

297. Malgré une répartition claire des compétences, telle qu'induite par l'article 35 § 1, et donc d'une application première du critère de la défaillance des autorités nationales – « *la protection européenne des droits de l'homme n'exist[ant] que pour pallier l'absence ou*

⁹⁵⁸ S. TOUZE, « La complémentarité procédurale de la garantie conventionnelle », *op. cit.*, p. 60.

⁹⁵⁹ H. PETZOLD, « The Convention and the Principle of Subsidiarity », in MACDONALD R. St. J., MATSCHER F. et PETZOLD H. (dir.), *The European System for the Protection of Human Rights*, La Haye, édition Martinus Nijhoff, 1993, pp. 59 et 60 (traduit et souligné par nous).

⁹⁶⁰ Voir G. ROSOUX, « La règle de l'épuisement des voies de recours internes et le recours au juge constitutionnel : une exhortation aux dialogues des juges », *RTDH*, n°71, 2007, p. 772 qui affirme que « *le fait que la protection nationale doive devancer la protection internationale traduit le principe de souveraineté des Etats* ».

⁹⁶¹ Cour EDH, Gde ch., *Mc Farlane c. Irlande*, 10 septembre 2010, req. n°31333/06, § 112.

la défaillance de la protection nationale »⁹⁶² – ce partage des responsabilités n'apparaît pas véritablement figé. Si de jurisprudence constante, la Cour européenne justifie la nature subsidiaire de son contrôle, en raison de la proximité des autorités nationales avec les enjeux locaux, le critère de leur meilleure position n'apparaîtra pas systématiquement choisi. En effet, le juge européen privilégiera parfois le critère de l'efficacité de l'action, dès lors que la présomption selon laquelle « proximité = efficacité » pourra être renversée et que l'action européenne – du fait de sa dimension – sera jugée plus efficiente. Transparaît dès lors la double fonction du principe de subsidiarité. Si, d'une part, il coordonne les rapports entre systèmes et structure donc l'organisation du système européen, d'autre part, il guide le fonctionnement du contrôle de la Cour et se dote, en ce sens, d'une fonction directrice de conciliation des objectifs poursuivis par le juge européen.

⁹⁶² J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 29.

CHAPITRE 2 : UN PRINCIPE DE CONCILIATION DES OBJECTIFS POURSUIVIS PAR LE JUGE EUROPÉEN

298. Dans une dimension plus substantielle ou matérielle, la subsidiarité devient un principe de conciliation des objectifs poursuivis par le juge européen, un principe interprétatif donc, qui le guide dans l'interprétation et l'application de la Convention. Deux remarques préliminaires doivent ainsi être formulées afin d'expliquer la double qualification – de principe à la fois de conciliation et d'interprétation – de la subsidiarité.

299. Tout d'abord, la subsidiarité est, à notre sens, un principe de conciliation dans la mesure où elle vise à rendre des objectifs *a priori* opposés, compatibles⁹⁶³. Cette fonction de conciliation s'explique au regard des origines mêmes du concept de subsidiarité⁹⁶⁴ qui se compose d'une double facette – positive et négative – et conduira le principe en droit européen à concilier « *l'autonomie des Etats avec l'efficacité des droits protégés ; l'unité et le pluralisme* »⁹⁶⁵. En effet, la subsidiarité est « *le principe par lequel [la Cour] s'efforce de rechercher un équilibre entre, d'un côté, l'accomplissement de sa fonction juridictionnelle d'élaboration d'un ordre public européen des droits fondamentaux fondé sur l'autonomie conventionnelle et, de l'autre, celle de sauvegarde du pluralisme des ordres publics nationaux fondé sur l'autonomie locale* »⁹⁶⁶.

300. Cette première remarque tenant à la fonction de conciliation du principe de subsidiarité doit être, par ailleurs, doublement précisée.

D'une part, notons que c'est l'ambivalence du principe qui permet cette conciliation entre des objectifs européens divergents, à la fois de retenue judiciaire afin de respecter la diversité nationale et le pluralisme entre Etats, et de contrôle européen afin de sanctionner les défaillances nationales et de favoriser la définition d'un standard minimum commun de protection des droits. En ce sens, les « objectifs européens » dont il est question dans ce chapitre doivent être identifiés comme étant la protection des diversités nationales et la

⁹⁶³ Le terme de conciliation doit être compris comme l'« *action de rendre les choses compatibles* », *Dictionnaire Larousse*, disponible sur : <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/conciliation/17930>.

⁹⁶⁴ Pour plus de détails, voir *supra*, Introduction, §. 1, A, 1, a.

⁹⁶⁵ D. SZYMCZAK, « Rapport introductif : Le principe de subsidiarité dans tous ses états », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, édition Némésis, Anthemis, 2014, p. 22.

⁹⁶⁶ P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme : essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005, p. 392.

définition d'un droit européen commun, la logique d'harmonisation des droits apparaissant donc comme l'outil de la conciliation de ces deux buts *a priori* opposés. Cette harmonisation est alors sous-tendue par le principe de subsidiarité, « *la caractéristique essentielle du principe [étant] sa flexibilité sans laquelle il n'aurait pas sa raison d'être puisqu'il instaure un équilibre* »⁹⁶⁷ entre unité et diversité. L'ambivalence du principe apparaît donc salutaire, il lui permet d'être un principe à la fois adaptable et dynamique, un principe qui « *oscille entre deux pôles : celui des intérêts de l'Etat souverain [...] et celui des valeurs et intérêts de la communauté internationale, universelle ou régionale* »⁹⁶⁸.

Précisons d'autre part, que ces « objectifs poursuivis par le juge européen » sont tout naturellement imposés par la Convention européenne, puisque c'est elle qui dicte « *la recherche d'un juste milieu entre approche européenne et respect des identités nationales* »⁹⁶⁹. En ce sens, il s'agira dans ce chapitre de s'attacher plus directement à la dimension substantielle de la subsidiarité et ce, bien que dimension substantielle et procédurale soient intimement associées.

301. Ensuite, cette subsidiarité substantielle semble implicitement se définir comme un principe d'interprétation de la Convention. Par principe d'interprétation, nous entendons un principe qui guide l'appréciation et l'interprétation des dispositions conventionnelles afin que la Cour ne retienne pas une vision des droits trop stricte et attentatoire aux intérêts nationaux. Ainsi, le Professeur Mirelle DELMAS-MARTY distingue « *d'un côté les textes et les décisions de justice, plus techniques et réservés aux professionnels du droit, et de l'autre les principes fondateurs et leur interprétation comme autant de lignes directrices qui donnent le sens général d'un système* »⁹⁷⁰. Si la Cour n'identifie pas expressément la subsidiarité comme un principe doté d'une fonction interprétative, certains juges ont pu toutefois recourir au qualificatif de « *principe fondamental d'interprétation* »⁹⁷¹ lors d'opinions séparées.

⁹⁶⁷ C. DELSOL, *L'Etat subsidiaire : ingérence et non-ingérence de l'Etat : le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*, Editions du Cerf, 2015, p. 333.

⁹⁶⁸ P. TAVERNIER, « De la subsidiarité et de quelques notions voisines. Pérégrinations entre le droit international et le droit européen », in *La France, l'Europe et le monde. Mélanges en l'honneur de Jean CHARPENTIER*, Pedone, 2008, p. 231.

⁹⁶⁹ M. LEVINET, « Propos introductifs », in M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruylant, 2010, p. 6.

⁹⁷⁰ M. DELMAS MARTY, « Réinventer le droit commun », *Dalloz*, 1995, p. 2.

⁹⁷¹ Voir, notamment, l'opinion concordante du juge PINTO DE ALBUQUERQUE, à laquelle se rallie le juge VUCINIC dans Cour EDH, Gde ch., 13 décembre 2012, *De Souza Ribeiro c. France*, req. n°22689/07, JCP G., 2013, n°3, pp. 92-98, chron. F. SUDRE : « Par conséquent, à la lumière de ces deux principes fondamentaux d'interprétation de la Convention – le principe d'une interprétation systématiquement cohérente et le principe

302. Là encore, deux observations peuvent être formulées.

D'une part, « *un principe interprétatif est un principe qui permet à la fois de finaliser et de concrétiser une norme ; [...] c'est lui qui tout en rappelant le but de la disposition, en permet l'application concrète* »⁹⁷². Il s'agit donc d'un principe d'interprétation légitime, dès lors que la subsidiarité traduit les fondements du système européen dont le but est à la fois de garantir une protection harmonieuse des droits de l'homme en Europe, tout en respectant les diversités culturelles des différents Etats parties. Il aide à pallier l'imprécision du texte sans pour autant contraindre le juge qui bénéficie d'une certaine liberté. L'atout de la subsidiarité serait donc d'identifier des objectifs sans néanmoins leur livrer de contenu précis.

D'autre part, la fonction interprétative du principe substantiel de subsidiarité ne nous semble pas aller à l'encontre de sa potentielle nature juridique. En effet, a été démontrée, l'inconstante impérativité du principe en droit européen, notamment lorsque ce dernier est envisagé dans sa dimension matérielle⁹⁷³, ce qui corrobore le constat selon lequel un principe interprétatif « *n'a pas de caractère obligatoire, [...] n'est pas en lui-même de nature à créer des droits et des obligations, [bref n'est] pas une prescription impérative* »⁹⁷⁴. Toutefois, « *qu'il ne soit pas une norme positive ne revient pas à nier au principe [...] d'interprétation tout caractère juridique* »⁹⁷⁵.

303. Protecteur des diversités nationales et garant du pluralisme (**Section 1**), le principe de subsidiarité ne reste pas moins un vecteur d'harmonisation des droits justifiant la définition d'un standard de protection des droits commun aux Etats membres (**Section 2**). Parce qu'il permet d'exprimer « *les valeurs fondatrices* »⁹⁷⁶ du système de protection des droits de l'homme et de les concilier entre elles, il se dessine comme un principe directeur du droit européen.

de subsidiarité ». Voir également la conférence de presse d'avril 2012 du président de la Cour européenne Dean SPIELMANN (51') où il qualifie la technique de la marge nationale d'appréciation et le principe de subsidiarité de principes d'interprétation. Du point de vue de la doctrine, voir par exemple, M. DE SALVIA, « Convention Européenne des Droits de l'homme – Recours individuel – Compétence de la Cour européenne et du Comité des ministres du Conseil de l'Europe », *JCl. Procédure pénale*, Fasc. 10, 2008, App. Art. 567 à 621 ; B. DELZANGLES, *Activisme et autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, Fondation Varenne, 2009, spéc. p. 311.

⁹⁷² B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, la Documentation française, 1999, p. 238.

⁹⁷³ Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §. 2.

⁹⁷⁴ B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 239.

⁹⁷⁵ *Ibid.*

⁹⁷⁶ M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Édition du Seuil, 1994, p. 131.

SECTION 1 : UN PRINCIPE PROTECTEUR DES DIVERSITÉS NATIONALES

304. Dans un système juridique où cohabitent quarante-sept Etats membres aux histoires et cultures hétérogènes, le juge des droits de l'homme va nécessairement être confronté à des « *problèmes de variations de traditions, de sensibilités ou de mentalités d'un Etat à l'autre mais aussi entre diverses composantes de la population au sein d'un même Etat* »⁹⁷⁷. Loin d'être une limite à l'effectivité de la protection des droits de l'homme, cette diversité doit être perçue comme source de richesse et par conséquent protégée. En effet, « *l'idée même des droits de l'homme, tout autant que le principe de subsidiarité, implique nécessairement l'affirmation d'un certain degré de pluralisme et de diversité dans la société* »⁹⁷⁸. Parce que le principe conventionnel de subsidiarité a pour fondement principal la protection des souverainetés étatiques⁹⁷⁹, il sera par excellence le « *garant de [cette] diversité et [de ce] pluralisme* »⁹⁸⁰. Par-delà l'objectif essentiel de sauvegarde du pluralisme sans lequel il n'est pas de démocratie⁹⁸¹ (§. 1), « *le principe de subsidiarité entraîne [également] des conséquences quant à l'approche du juge européen. [Il] doit être pour lui un motif de retenue dans le contrôle des obligations imposées par la Convention* »⁹⁸² et donc lui prescrire certaines restrictions dans l'étendue de son contrôle (§. 2).

§1- L'objectif essentiel de sauvegarde du pluralisme

305. « *Le pluralisme est une doctrine qui se fixe pour idéal un ordre pluriel* »⁹⁸³ et se propose de « *reconnaître la légitimité de la diversité* »⁹⁸⁴. Elle permet ainsi de rendre compte

⁹⁷⁷ F. HOFFMAN et J. RINGELHEIM, « Par-delà l'universalisme et le relativisme : la Cour européenne des droits de l'homme et les dilemmes de la diversité culturelle », *RIEJ*, 2004, n°52, p. 115.

⁹⁷⁸ P. CAROZZA, « Subsidiarity as a Structural principle of International Human Rights Law », *AJIL*, 2003, p. 47 (traduit par nous).

⁹⁷⁹ Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, section 2.

⁹⁸⁰ J-M. SAUVE, Intervention devant le Conseil d'Etat, lors de la conférence sur *Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme*, Paris, le 19 avril 2010.

⁹⁸¹ Cour EDH, Gde ch., 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie et autres contre Turquie*, req. n°19392/92, Rec. 1998-I, § 43 ; *GACEDH*, n°6 ; *RTDH*, 1999, n°38, pp. 301-350, comm. B. DUARTE ; *JDI*, 1999, n°1, pp. 213-215, note S. WOHLFAHRT.

⁹⁸² F. TULKENS et L. DONNAY, « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ? », *Revue de science criminelle*, 2006, p. 3.

⁹⁸³ P. MUZNY, « Approches théoriques du pluralisme », in M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruylant, 2010, p. 14.

de la complexité des relations entre ordres juridiques, ordres qui coexistent, s'entremêlent et se superposent si bien que sur un même territoire, il n'y a pas un droit mais des droits qui sont appliqués et peuvent parfois entrer en concurrence⁹⁸⁵. Parce que « *la référence au pluralisme vise généralement à s'abstenir de dresser une hiérarchie de normes de conduite* »⁹⁸⁶, elle permet ainsi d'envisager une coopération – au sein d'un même système – entre des éléments divers *a priori* concurrents. Le principe du pluralisme est ainsi en plusieurs points semblables à celui de subsidiarité⁹⁸⁷. En effet, tous deux absents du texte conventionnel, ils sont pourtant consubstantiels à la Convention dès lors qu'ils guident son interprétation et le contrôle du juge européen. Si la Cour fait du principe de subsidiarité un véritable leitmotiv dans sa jurisprudence, elle n'a de cesse d'affirmer également l'importance du respect du pluralisme qu'elle considère comme la composante de toute société démocratique européenne aux côtés des exigences de tolérance et d'ouverture d'esprit⁹⁸⁸. Or, cette notion de société démocratique – inscrite au cœur des valeurs du préambule de la Convention – est « *un concept qui domine la Convention toute entière* »⁹⁸⁹ et constitue une véritable directive d'interprétation pour le juge européen, ce qui conduit à faire du principe du pluralisme, un principe tout aussi matriciel. Par conséquent, si les différents types de pluralisme doivent être identifiés (A), c'est dans l'optique de mieux cerner cette notion mais surtout de constater que ce pluralisme, en tant que principe d'unité et de diversité, rejoint celui de subsidiarité qui apparaît alors comme l'outil de gestion du pluralisme (B).

A- L'identification des différents types de pluralisme

306. La notion de pluralisme⁹⁹⁰ est, au même titre que la subsidiarité, particulièrement ambiguë tant elle peut se voir dotée de sens différents⁹⁹¹. En effet, ce pluralisme peut être tout

⁹⁸⁴ L. GRAZIANO, « Le pluralisme. Une analyse conceptuelle et comparative », *RFSP*, 1996, p. 201.

⁹⁸⁵ P. MUZNY, « Approches théoriques du pluralisme », *op. cit.*, p. 16.

⁹⁸⁶ *Ibid.*, p. 20.

⁹⁸⁷ Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Conclusion de la Section 2.

⁹⁸⁸ Cour EDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, req. n°5493/72, série A, n°24, § 49 ; *GACEDH*, n°7. Voir également, Cour EDH, 25 mai 1993, *Kokkinakis c. Grèce*, req. n°14307/88, série A n°260, § 31 ; *GACEDH*, n°56 ; *RFDA*, 1995, n°3, pp. 573-584, note H. SURREL ; *RTDH*, 1997, n°31, pp. 521-552, note G. GONZALEZ ; *GACEDH*, n°56.

⁹⁸⁹ Cour EDH, 8 juillet 1986, *Lingens c. Autriche*, req. n°9815/82, série A n°103, § 42.

⁹⁹⁰ Pour approfondir la question du pluralisme, voir, par exemple, D. BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance, Recherches sur le pluralisme juridique*, Thèse Paris 1, 2002 ; M. DELMAS MARTY, « Avant-propos », in E. DUBOUT et S. TOUZÉ (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, 2010 ; F. RIGAUX, « Le droit au singulier et au pluriel », *RIEJ*, 1982, p. 30 et suiv.

d'abord de type *interne* – c'est-à-dire à l'intérieur de la société nationale – et illustrer la diversité des idées et des mœurs au sein d'un même Etat. C'est d'ailleurs sur la base de la notion de société démocratique que la Cour va venir préciser ce pluralisme, les références à ce principe ne cessant de se multiplier dans la jurisprudence européenne depuis les années 1990 environ⁹⁹². La Cour va, par exemple, considérer que « *pour délimiter l'ampleur de la marge d'appréciation, [elle] doit tenir compte de l'enjeu, à savoir la nécessité de maintenir un véritable pluralisme religieux, vital pour la survie d'une société démocratique* »⁹⁹³. Consubstantiel à pareille société⁹⁹⁴, ce pluralisme-là favorise l'harmonisation des droits grâce à la recherche d'un équilibre entre conceptions variables. En effet, le juge des droits de l'homme n'a de cesse de répéter que « *la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité mais commande un équilibre qui assure aux individus minoritaires un traitement juste et qui évite tout abus d'une position dominante* »⁹⁹⁵. Le pluralisme interne revient finalement à admettre une diversité d'opinions et d'acteurs au sein d'un même espace et « *se fonde sur le dialogue et un esprit de compromis qui impliquent nécessairement de la part des individus des concessions diverses qui se justifient aux fins de la sauvegarde et de la promotion des idéaux et valeurs d'une société démocratique* »⁹⁹⁶. Ce pluralisme interne s'exprime notamment dans les clauses d'ordre public des articles 8 à 11 de la Convention et se retrouve également consacré, au sein de la jurisprudence constitutionnelle,

⁹⁹¹ Le pluralisme peut être également qualifié de « substantiel » lorsqu'il induit une prise en compte de la diversité culturelle et religieuse entre Etats ou de « procédural » lorsqu'il protège la liberté des Etats dans le choix des mesures à prendre pour appliquer la Convention.

⁹⁹² F. HOFFMAN et J. RINGELHEIM, « Par-delà l'universalisme et le relativisme : la Cour européenne des droits de l'homme et les dilemmes de la diversité culturelle », *op. cit.*, p. 125.

⁹⁹³ Cour EDH, 17 janvier 2012, *Feti Demirtaş c. Turquie*, req. n°5260/07, § 106 ; Cour EDH, Gde ch., 7 juillet 2011, *Bayatyan c. Arménie*, req. n°23459/03, § 122, *JCP G.*, 2011, n°36, p. 1555, note H. SURREL ; Cour EDH, Gde ch., 10 novembre 2005, *Leyla Sahin c. Turquie*, req. n°44774/98, Rec. 2005-XI, § 110 (souligné par nous) ; *RTDH*, 2006, n°66, pp. 183-215, comm. L. BURGORGUE-LARSEN et E. DUBOUT ; *JCP* 2006, I, 109, n°17, obs. F. SUDRE.

⁹⁹⁴ Cour EDH, Gde ch., 7 juillet 2011, *Bayatyan c. Arménie*, *op. cit.*, § 118 ; Cour EDH, Gde ch., 15 janvier 2013, *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, req. n°48420/10 et al., Rec. 2013, § 79 ; *RTDH*, 2013, n°96, pp. 975-991, comm. G. GONZALEZ ; *JCP G.*, 2013, n°7, 180, obs. K. BLAY-GRABARCZYK.

⁹⁹⁵ Voir, entre autres, Cour EDH, 27 février 2007, *Associated Society of locomotive engineers and firemen c. Royaume-Uni*, req. n°11002/05, § 43 ; *JDI*, 2008, n°3, pp. 831-834, note P. TAVERNIER ; Cour EDH, 17 janvier 2012, *Feti Demirtaş c. Turquie*, req. n°5260/07, § 110.

⁹⁹⁶ Cour EDH, Gde ch., 1 juillet 2014, *S.A.S. c. France*, req. n°43835/11, § 128 ; *JCP G.*, 2014, n°39, 974, note A. LEVADE ; *JCP G.*, 2014, n°29, 835, libres propos B. BONNET.

en tant qu'objectif à valeur constitutionnelle⁹⁹⁷. Il permet donc *in fine* de garantir l'Etat de droit⁹⁹⁸.

307. Le pluralisme peut être également de type *international* et viser la pluralité des solutions nationales existant entre les pays européens sur une même question⁹⁹⁹. La Cour de Strasbourg va alors considérer qu'il est nécessaire de protéger ce pluralisme des cultures juridiques et des traditions. Or, c'est ce pluralisme entre Etats membres qui apparaît directement associé au principe de subsidiarité dès lors qu'« *une authentique mise en œuvre du principe suppose la prise en compte de la diversité des traditions nationales et des dispositifs juridiques qui en sont l'expression naturelle* »¹⁰⁰⁰. C'est ce que le Professeur Mirelle DELMAS-MARTY appelle un pluralisme toléré¹⁰⁰¹ c'est-à-dire un pluralisme admis par le juge au travers notamment de la reconnaissance d'une marge nationale d'appréciation¹⁰⁰². Ce pluralisme-là – en tant que « *principe de diversité* »¹⁰⁰³ – freine inévitablement l'harmonisation des droits et vise plutôt au maintien de la pluralité des traditions nationales.

308. Enfin, le pluralisme peut être plus globalement qualifié de *juridique* bien que doté, là encore, d'acceptions diverses¹⁰⁰⁴. La notion de pluralisme juridique peut, en effet, désigner « *l'existence simultanée, au sein d'un même ordre juridique, de règles de droit*

⁹⁹⁷ Voir, par exemple, la décision n°82-141 DC du 27 juillet 1982, Loi sur la communication audiovisuelle, Rec., p. 48. Dans cette décision de principe, le Conseil constitutionnel va notamment indiquer que « *la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socio-culturels est un objectif de valeur constitutionnelle* ».

⁹⁹⁸ J-Ph. DEROSIER, « La dialectique centralisation / décentralisation. Recherches sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité », *RIDC*, 2007, p. 134. Voir également P. MUZNY, « Approches théoriques du pluralisme », in M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruylant, 2010, p. 31. L'auteur affirme que « *le pluralisme est essentiellement de nature fonctionnelle. Il sert d'instrument en vue d'atteindre un objectif particulier : la pérennisation de la démocratie* ».

⁹⁹⁹ Voir, par exemple, Cour EDH, Gde ch., 7 novembre 2013, *Vallianatos et autres c. Grèce*, req. n°29381/09 32684/09, Rec. 2013, §§ 91 et 92 ; *JCP G.*, 2013, n°49, p. 2219, comm. F. SUDRE. Cette affaire traite de la diversité des solutions nationales face à la question de la reconnaissance juridique des relations entre personnes de même sexe.

¹⁰⁰⁰ M. LEVINET, « Propos introductifs », in M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruylant, 2010, p. 3.

¹⁰⁰¹ M. DELMAS MARTY, « Pluralisme et traditions nationales (revendications des droits individuels), in P. TAVERNIER (éd.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation « d'une union plus étroite »*, Bruylant, 1996, p. 84.

¹⁰⁰² Voir *infra*, 2).

¹⁰⁰³ F. SUDRE, « Le pluralisme saisi par le juge européen », in L. FONTAINE (dir.), *Droit et pluralisme*, Bruylant-Némésis, coll. « Droit et justice », 2007, n°76, p. 277.

¹⁰⁰⁴ Pour une distinction des sens de l'expression « pluralisme juridique », voir, par exemple, D. BIDEN, « Le pluralisme juridique en droit international privé », *Arch. Phil. Droit*, 2005, n°49, p. 276 et suiv.

différentes s'appliquant à des situations identiques »¹⁰⁰⁵. Dans cette hypothèse, le pluralisme juridique vise à ce que le droit – le droit européen des droits de l'homme spécifiquement – fasse place aux différences, à la diversité des règles et des sources de droit sur un même espace. Ce pluralisme juridique permet alors un enrichissement du droit par une protection spécifique des particularismes¹⁰⁰⁶. Mais il peut également illustrer « *la coexistence d'une pluralité d'ordres, de systèmes juridiques distincts qui établissent ou non entre eux des rapports de droit* »¹⁰⁰⁷. En effet, « *un ordre juridique relativement centralisé doit assurer un équilibre entre l'unité du droit et le respect de l'identité des diverses entités juridiques le composant* »¹⁰⁰⁸. Cette coexistence d'une pluralité d'ordres ou systèmes juridiques¹⁰⁰⁹ – notamment en Europe où se superposent des ordres normatifs distincts – supposera qu'un contrôle de l'exercice du partage des compétences soit exercé par le principe de subsidiarité, sans lequel cette multitude d'ensembles juridiques serait livrée à une concurrence désordonnée peu efficace¹⁰¹⁰. Ce pluralisme juridique justifie, par ailleurs, qu'une liberté soit concédée aux Etats dans le choix des moyens à prendre pour honorer leurs engagements au titre de la Convention. Cela rejoint les exigences tenant au pluralisme international qui implique que, face à la diversité des solutions nationales, la Cour se doit de respecter et protéger les spécificités locales. Par conséquent, le principe de subsidiarité se dessine indirectement comme l'outil de gestion de ce pluralisme.

B- La subsidiarité comme outil de gestion du pluralisme

309. Animé lui aussi par les contradictions du système conventionnel, le principe du pluralisme peut revêtir – au même titre que le principe de subsidiarité – une double dimension. Le Professeur Frédéric SUDRE souligne, à ce titre, le caractère dualiste de ce

¹⁰⁰⁵ J-G. BELLEY, « Pluralisme juridique », in A-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2^{ème} édition, 1993, p. 446.

¹⁰⁰⁶ Voir *infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, § 1, B, 1.

¹⁰⁰⁷ J-G. BELLEY, « Pluralisme juridique », *op. cit.*

¹⁰⁰⁸ J-Ph. DEROSIER, « La dialectique centralisation / décentralisation. Recherches sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité », *op. cit.*, p. 134.

¹⁰⁰⁹ Voir, par exemple, l'intervention orale de J-M. SAUVE lors du XXVIème Congrès de la FIDE, « A l'ère du pluralisme juridique : les rapports entre les cours nationales, internationales et celles de l'Union et les interactions entre les multiples sources du droit », 31 mai 2014, disponible sur http://www.conseil-etat.fr/media/document/DISOURS%20ET%20INTERVENTIONS/2014-05-31_intervention_xxvi_congres_fide_130614.pdf.

¹⁰¹⁰ A. BEDUSCHI ORTIZ, « Pluralisme et subsidiarité en droit social communautaire », in M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruylant, 2010, p. 237.

principe¹⁰¹¹, tantôt érigé en un principe d'interprétation favorisant l'intégration européenne et l'harmonisation des droits, tantôt érigé en faveur d'un respect des diversités européennes. Le pluralisme se dessine, en ce sens, comme le corollaire du principe de subsidiarité qui fonde l'économie et l'idéologie de la Convention¹⁰¹². Du fait de cette exigence cardinale de respect du pluralisme, la Cour se doit donc de protéger les particularismes locaux ou nationaux propres à chaque Etat membre (1) et ce, grâce à la reconnaissance d'une marge nationale d'appréciation qui n'est autre que la traduction jurisprudentielle, par excellence, du principe de subsidiarité et constitue, par conséquent, une technique particulière de protection des diversités (2).

1- La nécessité d'une protection des particularismes locaux ou nationaux

310. Dans la mesure où la Convention revêt un caractère subsidiaire vis-à-vis du droit national et qu'elle ne poursuit pas un but d'uniformisation mais seulement d'harmonisation des droits¹⁰¹³, elle se doit tout naturellement de respecter et sauvegarder les particularismes locaux ou nationaux. En effet, la Convention ne peut répondre à l'ensemble des traditions et cultures de quarante-sept Etats aux horizons différents et se doit donc de faire place aux spécificités nationales. La Cour constate ainsi l'impossibilité de dégager au sein de l'espace européen, des positions uniformes « *quant à la question de l'acceptation du port de signes religieux* »¹⁰¹⁴ ou quant à la protection de la vie prénatale¹⁰¹⁵. Elle relève également l'absence de « *notion uniforme de la morale* »¹⁰¹⁶ ou de « *la signification de la religion dans la société* »¹⁰¹⁷ puisque « *semblables conceptions peuvent même varier au sein d'un seul*

¹⁰¹¹ F. SUDRE, « Le pluralisme saisi par le juge européen », in L. FONTAINE (dir.), *Droit et pluralisme*, Bruylant-Némésis, coll. « Droit et justice », 2007, n°76, pp. 261- 286.

¹⁰¹² Sur le lien entre le principe de subsidiarité et le pluralisme, voir, par exemple, l'opinion concordante du juge WOJTYCZEK sous l'arrêt Cour EDH, Gde ch., 9 juillet 2013, *Sindicatul "Pastorul Cel Bun" c. Roumanie*, req. n°2330/09, Rec. 2013 (*JCP G.*, 2013, n°36, 919, veille G. GONZALEZ) qui affirme que « *parmi les différentes caractéristiques d'un Etat démocratique, il ne faut pas négliger le principe de la subsidiarité de l'Etat. La société démocratique s'épanouit pleinement dans le cadre d'un Etat subsidiaire qui respecte l'autonomie des différentes communautés qui la composent* ».

¹⁰¹³ Pour plus de détails, voir *infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2.

¹⁰¹⁴ Cour EDH, Gde ch., 10 novembre 2005, *Leyla Sahin c. Turquie*, op. cit., § 57.

¹⁰¹⁵ Cour EDH, Gde ch., 16 décembre 2010, *A, B et C c. Irlande*, req. n°25579/05, § 172 ; *JCP G.*, 2011, n°3, 58, obs. M. LEVINET ; *JCP G.*, 2011, n°4, doct. 94, chron. F. SUDRE.

¹⁰¹⁶ Cour EDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, op. cit.

¹⁰¹⁷ Cour EDH, 20 septembre 1994, *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, req. n°13470/87, série A n°295-A, § 50 ; *RTDH*, 1995, n°23, pp. 401-415, comm. F. RIGAUX ; *RUDH*, 1994, n°12, pp. 441-449, comm. P. WACHSMANN.

pays »¹⁰¹⁸. Dans son arrêt de Grande Chambre, *Lautsi contre Italie* du 18 mars 2011¹⁰¹⁹, la Cour a ainsi constaté la diversité des approches européennes concernant les symboles religieux dans les écoles publiques, le Gouvernement ayant justement invité la Cour à respecter les traditions nationales italiennes ; la présence des crucifix dans les écoles étant « *l'expression d'une particularité nationale, caractérisée notamment par des rapports étroits entre l'Etat, le peuple et le catholicisme* »¹⁰²⁰. En l'espèce, le pluralisme culturel est donc préservé et respecté par la Cour, qui ne constatera pas la violation de la Convention malgré la position contraire retenue par l'arrêt de Chambre.

311. La Cour se doit donc de préserver la diversité des systèmes et traditions juridiques, et pour cela, d'aménager un espace de liberté aux Etats grâce à la doctrine de la marge nationale d'appréciation. Elle ne peut, par exemple, « *négliger les caractéristiques de fond et de procédure de leurs droits internes respectifs* »¹⁰²¹. Sans procéder à un exposé exhaustif de la jurisprudence européenne, il convient de noter que le juge européen prend aussi bien en considération « *les traditions culturelles et historiques de chaque société* » concernant le mariage¹⁰²² ou le système de transcription des patronymes¹⁰²³, que les variations « *d'un pays à l'autre en fonction des traditions culturelles* » concernant la réglementation de la profession d'avocat, notamment dans le domaine de la publicité¹⁰²⁴. Ces mêmes traditions culturelles peuvent également justifier l'importance de la protection des minorités linguistiques¹⁰²⁵. Enfin, la Cour peut se référer aux « *particularismes inhérents au régime des immunités parlementaires* »¹⁰²⁶ dans le cadre d'une approche respectueuse de la pluralité européenne. Notons, toutefois, que des techniques telles que celles des notions autonomes ont néanmoins été développées par le juge européen pour venir limiter cette diversité nationale, dépasser le pluralisme des Etats membres¹⁰²⁷, et conférer un sens commun à certaines notions nécessaires à l'applicabilité d'un droit. Par conséquent, il semblerait que le principe de

¹⁰¹⁸ *Ibid.*

¹⁰¹⁹ Cour EDH, Gde ch., 18 mars 2011, *Lautsi et Autres c. Italie*, req. n°30814/06 ; *JCP G.*, 2011, n°20, 601, G. GONZALEZ.

¹⁰²⁰ *Ibid.*, § 36.

¹⁰²¹ Cour EDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, req. n°6538/74, série A n°30, § 61.

¹⁰²² Cour EDH, 18 décembre 1987, *F. c. Suisse*, req. n°11329/85, série A n°128, § 33.

¹⁰²³ Cour EDH, 7 décembre 2004, *Juta Mentzen alias Mencena c. Lettonie*, req. n°71074/01, Rec. 2004-XII ; *RTD Civ.*, 2005, n°4, pp. 738-740, note J-P. MARGUENAUD.

¹⁰²⁴ Cour EDH, 24 février 1994, *Casado Coca c. Espagne*, req. n°15450/89, série A n°285-A, § 54.

¹⁰²⁵ Com. EDH, 15 septembre 1997, *Nicoletta POLACCO et Alessandro GAROFALO c. Italie*, req. n°23450/94, D.R. n°90-B, p. 5.

¹⁰²⁶ Cour EDH, Gde ch., 3 décembre 2009, *Kart c. Turquie*, req. n°8917/05, Rec. 2009, § 88 ; *JCP A.*, 2009, n°28, 2162, chron. D. SZYMCAK.

¹⁰²⁷ L. MILANO, « Convention européenne des droits de l'homme, pluralisme et garanties procédurales », in M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruylant, 2010, p. 342.

subsidiarité et du pluralisme permettent d'atténuer les contraintes européennes trop fortes qui viendraient heurter l'attachement, tout particulier, des Etats à leur principe de souveraineté étatique. Si l'adhésion à la Convention est libre et ne peut s'analyser en soi en une quelconque atteinte à leur souveraineté¹⁰²⁸, il est certain qu'un texte conventionnel trop protecteur et exigeant restreindrait les adhésions potentielles, alors même que la Convention se veut porteuse de valeurs universelles¹⁰²⁹.

312. Sur le fondement du pluralisme et pour « *tenir compte de la diversité des cultures juridiques européennes et des particularismes locaux* »¹⁰³⁰, le juge européen va donc recourir à la technique de la marge nationale d'appréciation qui – en tant que traduction jurisprudentielle du principe de subsidiarité – permet une protection des diversités nationales.

2- La marge nationale d'appréciation, technique jurisprudentielle d'expression de la subsidiarité et de protection du pluralisme

313. Sans qu'il soit nécessaire d'opérer une analyse de fond de la technique de la marge nationale d'appréciation tant ce thème a déjà été étudié¹⁰³¹, il sera néanmoins pertinent

¹⁰²⁸ La Convention, elle-même, vient d'ailleurs faire place au respect des souverainetés nationales, que ce soit par le biais des réserves, des différentes clauses d'ordre public présentes des articles 8 à 11 ou encore par le biais de l'article 15 de la Convention.

¹⁰²⁹ La Convention proclame sans aucun doute des valeurs universelles, telles que l'interdiction de la torture, de l'esclavage, la protection d'un droit à la vie, mais n'a cependant qu'une simple vocation régionale. Voir, dans ce sens, Cour EDH, déc., 2 mai 2007, *Behrami et Behrami c. France*, req. n°71412/01, § 97 (RGDIP, 2011, n°4, pp. 967-999, chron. Ph. WECKEL et al.) où la Cour qualifie la Convention « *d'instrument régional* ». Pour plus de détails sur la question de l'universalisme des droits de l'homme, voir *infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §. 1, B.

¹⁰³⁰ R. DE GOUTTES, « La priorité substantielle du droit interne », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, édition Némésis, Anthemis, 2014, p. 42.

¹⁰³¹ Voir, parmi d'autres, Y. ARAI-TAKASHI, *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Intersantia, 2002 ; J. CALLEWAERT, « Quel avenir pour la marge d'appréciation ? », in *Mélanges à la mémoire de Rolv RYSSDAL, Protection des droits de l'homme : la perspective européenne*, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, pp. 147-166 ; M. DELMAS-MARTY et M.-L. IZORCHE, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *RIDC*, 2000, pp. 753-780 ; M. DE SALVIA, « Contrôle européen et principe de subsidiarité : faut-il encore (et toujours) émarger à la marge d'appréciation ? », in *Protection des droits de l'Homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv RYSSDAL*. Cologne, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, pp. 373-385 ; S. GREER, *La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, Les éditions du Conseil de l'Europe, Dossier sur les droits de l'homme n°17, 2000 ; E. KASTANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1996 ; A.-D. OLINGA et C. PICHERAL, « La théorie de la marge nationale d'appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1995, pp. 567-604 ; F. TULKENS et L. DONNAY, « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ? », *Revue de science criminelle*, 2006, p. 3 et suiv. ; P. WACHSMANN, « Une certaine marge d'appréciation- Considérations sur les variations du contrôle européen

de revenir sur la relation qui unit cette notion au principe de subsidiarité ainsi que sur son rôle de protecteur de la diversité nationale et du pluralisme. La notion de marge nationale d'appréciation peut être identifiée comme « *la marge de manœuvre que les organes de la Convention sont disposés à reconnaître aux autorités nationales pour la mise en œuvre de leurs obligations au titre de la Convention* »¹⁰³². Cette technique permet donc « *un encadrement de l'intervention des organes de la Cour* »¹⁰³³. Parce qu'elle « *introduit une élasticité dans la contrainte imposée aux Etats* »¹⁰³⁴, cette marge implique qu'un juste rapport de compatibilité – non de conformité – avec la Convention soit respecté, c'est-à-dire que les mesures nationales ne doivent pas être en parfait accord avec les exigences européennes pour être jugées conventionnelles mais seulement respecter le seuil minimum de protection imposé par la Convention¹⁰³⁵. Découle donc du principe de subsidiarité, une « *obligation allégée de “compatibilité” : alors que la conformité va de pair avec l'exigence d'identité [...], la compatibilité repose sur une exigence de proximité* »¹⁰³⁶. Si la Cour a pu affirmer dans son arrêt Affaires linguistiques belges du 23 juillet 1968¹⁰³⁷ que son contrôle consiste en l'analyse de la conformité des mesures nationales avec les exigences de la Convention – arrêt qui présage peut-être de la jurisprudence européenne particulièrement constructive et dynamique ? – « *l'obligation de conformité aux normes européennes [...] est [néanmoins] remplacée le plus souvent par une simple obligation de compatibilité, qui s'exprime par la reconnaissance d'un contrôle européen et d'une marge nationale d'appréciation permettant de tenir compte de la diversité des traditions nationales* »¹⁰³⁸. Ainsi, la Cour se montre attentive aux particularismes locaux, affirmant qu'en aucun cas « *une uniformité absolue s'impose* »¹⁰³⁹.

314. Cette doctrine de la marge nationale d'appréciation apparaît donc comme la traduction concrète et directe du principe de subsidiarité. Le Professeur Gertrude LUBBE-

en matière de liberté d'expression », in *Mélanges en l'hommage à Pierre LAMBERT : Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Bruylant, 2000, pp. 1017-1042.

¹⁰³² S. GREER, *La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 5.

¹⁰³³ A-D. OLINGA et C. PICHERAL, « La théorie de la marge nationale d'appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1995, p. 568.

¹⁰³⁴ *Ibid.*, p. 567.

¹⁰³⁵ Voir *infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, § 1.

¹⁰³⁶ M. DELMAS-MARTY, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *Dalloz*, 2006, n°14, p. 952.

¹⁰³⁷ Cour EDH, 23 juillet 1968, *Affaire "relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique" c. Belgique*, req. n°1474/62, série A n°6, § 10 ; *GACEDH*, n°9 ; *JT*, 1969, pp. 381-385, obs. J. LEPAFFE.

¹⁰³⁸ M. DELMAS-MARTY, *Raisonnement la raison d'Etat*, PUF, 1989, p. 14.

¹⁰³⁹ Cour EDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, req. n°6538/74, série A n°30, § 61.

WOLFF considère, par exemple, que la marge et le consensus européen – qui en détermine *a priori* les variations¹⁰⁴⁰ – sont, dans la jurisprudence strasbourgeoise, « *des expressions abstraites de la subsidiarité matérielle* »¹⁰⁴¹. En effet, la marge d'appréciation trouve sa raison d'être dans le fait que les autorités nationales sont considérées comme mieux placées que le juge international¹⁰⁴² et offre ainsi un « *droit pour chaque Etat à marquer sa différence* »¹⁰⁴³. Mais si le principe de subsidiarité apparaît comme le fondement principal de la marge, subsidiarité et marge d'appréciation ne doivent toutefois pas être confondues. Ainsi que le souligne Béatrice BELDA¹⁰⁴⁴, subsidiarité et marge nationale d'appréciation ne sont pas des notions interchangeables ni n'interviennent au même moment¹⁰⁴⁵. Elles ne sont pas interchangeables d'une part, car sinon – et au même titre que la subsidiarité – la marge nationale d'appréciation devrait être appliquée à l'ensemble des dispositions conventionnelles. « *Or il est des dispositions – tels que les articles 2 et 3 – dont l'application, bien que soumise au principe de subsidiarité, ne s'accommode nullement d'une marge d'appréciation* »¹⁰⁴⁶. Elles n'interviennent pas au même moment d'autre part. En effet, la subsidiarité joue tant en aval qu'en amont du contrôle européen et justifie une action nationale prioritaire ainsi qu'une relative liberté étatique dans l'application de la Convention tandis que la marge d'appréciation n'intervient qu'« *a posteriori, comme instrument de contrôle de la Cour européenne permettant de faire varier l'étendue du contrôle de proportionnalité réalisé*

¹⁰⁴⁰ Voir *infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, § 2.

¹⁰⁴¹ G. LUBBE-WOLFF, « Comment la Cour européenne des droits de l'homme peut-elle renforcer le rôle des juridictions nationales dans le système de la Convention ? », in *Séminaire Dialogue entre juges, Comment assurer une plus grande implication des juridictions nationales dans le système de la Convention ?*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2012, p. 16. Notons toutefois qu'identifier la doctrine de la marge et du consensus européen comme les techniques d'expression jurisprudentielle du principe de subsidiarité relève, selon nous, d'un abus de langage. En effet, seule la marge nationale constitue vraiment l'expression directe de la subsidiarité dans la jurisprudence européenne (et au seul titre du contrôle de proportionnalité) tandis que le consensus européen est *a priori* le principal critère de variation de cette marge et donc, de manière incidente, le critère d'application et de fluctuation du principe de subsidiarité.

¹⁰⁴² Opinion en partie dissidente du juge LAGERGREN, sous l'arrêt Cour EDH, 25 février 1992, *Margareta et Roger Andersson c. Suède*, req. n°12963/87, série A n°226-A.

¹⁰⁴³ M. DELMAS-MARTY et J-F. COSTE, « Les droits de l'homme : logiques non standard », *Le genre humain*, Édition du Seuil, 1998, p. 136.

¹⁰⁴⁴ B. PASTRE-BELDA, « La Cour européenne des droits de l'homme – Entre promotion de la subsidiarité et protection effective des droits », *RTDH*, 2013, n°94, p. 264 et suiv. Voir également, S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, 2011, pp. 496-500.

¹⁰⁴⁵ Pour un avis contraire, voir P. TAVERNIER, « De la subsidiarité et de quelques notions voisines. Pérégrinations entre le droit international et le droit européen », in *La France, l'Europe et le monde. Mélanges en l'honneur de Jean CHARPENTIER*, Pedone, 2008, pp. 219-231, où l'auteur assimile les notions de subsidiarité, de marge nationale d'appréciation et de complémentarité.

¹⁰⁴⁶ J. CALLEWAERT, « Quel avenir pour la marge d'appréciation ? », in *Mélanges à la mémoire de Rolv RYSSDAL, Protection des droits de l'homme : la perspective européenne*, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, p. 152.

à l'égard des droits dits relatifs »¹⁰⁴⁷. Si la marge nationale d'appréciation puise sa source dans le principe de subsidiarité et constitue donc une traduction pratique de celui-ci en ce qu'il offre à l'Etat une certaine autonomie d'appréciation dans l'application de la Convention, elle ne doit pas lui être totalement assimilée puisque n'intervenant qu'au seul titre du contrôle de proportionnalité. La marge nationale d'appréciation n'en reste pas moins l'élément principal de traduction et donc d'identification du principe de subsidiarité dans la jurisprudence européenne.

315. Parce qu'en lien direct avec le principe de subsidiarité et les exigences en découlant, le second fondement¹⁰⁴⁸ de la marge nationale d'appréciation doit être trouvé dans la nécessité de sauvegarder le pluralisme et de protéger la souveraineté des Etats membres¹⁰⁴⁹. « *Inventée par le juge européen pour tenir compte des diversités, notamment culturelles et religieuses* »¹⁰⁵⁰ des droits nationaux, la marge nationale d'appréciation permet donc de protéger le pluralisme dans l'Etat et entre les Etats. Dans la célèbre affaire A, B et C contre Irlande du 16 décembre 2010 concernant la répression pénale de l'avortement, la Cour va ainsi admettre que la reconnaissance ou non d'un droit à l'avortement dépend des traditions nationales et relève d'une conception propre du droit à la vie. Par conséquent, « *la Cour estime qu'en interdisant l'avortement, sur la base des idées morales profondes du peuple irlandais concernant la nature de la vie et la protection à accorder au droit à la vie des enfants à naître, l'Etat irlandais n'a pas excédé la marge d'appréciation dont il jouit en la matière* »¹⁰⁵¹.

316. L'absence de conception commune sera ainsi l'un des critères phares de la variation de la marge, la diversité des approches nationales sur une même question étant de

¹⁰⁴⁷ B. PASTRE-BELDA, « La Cour européenne des droits de l'homme – Entre promotion de la subsidiarité et protection effective des droits », *op. cit.*, p. 265.

¹⁰⁴⁸ Notons, toutefois, qu'au-delà de ces divers fondements, l'ampleur de la marge variera surtout en fonction de la valeur normative et prescriptive de la norme en cause, c'est pourquoi cette marge pourra être appliquée à des droits dits relatifs tandis qu'elle devra être écartée s'agissant des droits absolus, insusceptibles de restriction ou de dérogation.

¹⁰⁴⁹ F. TULKENS et L. DONNAY, « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ? », *Revue de science criminelle*, 2006, p. 9. Voir également D. SPIELMANN, « En jouant sur les marges - La Cour européenne des droits de l'homme et la théorie de la marge d'appréciation nationale : abandon ou subsidiarité du contrôle européen ? », *Journal des tribunaux Luxembourg*, n°10, 2010, p. 118.

¹⁰⁵⁰ M. DELMAS-MARTY, *Le relatif et l'universel, Les forces imaginantes du droit*, Édition du Seuil, coll. La couleur des idées, 2004, p. 16.

¹⁰⁵¹ Cour EDH, Gde ch., 16 décembre 2010, *A, B et C c. Irlande*, *op. cit.*, § 241.

nature à imposer une large marge d'appréciation¹⁰⁵². Rappelons, à ce titre, que lorsque la Cour intervient pour contrôler la compatibilité d'une ingérence étatique avec le droit garanti, elle vérifie, tout d'abord, que celle-ci était bien prévue par la loi, poursuivait un but légitime et était nécessaire dans une société démocratique. Or, c'est uniquement sur le terrain du contrôle de la nécessité de l'ingérence que la Cour prend en compte la marge d'appréciation laissée aux États¹⁰⁵³. Selon elle, « *la notion de nécessité implique un besoin social impérieux ; en particulier, la mesure prise doit être proportionnée au but légitime poursuivi* »¹⁰⁵⁴. Le contrôle normal du juge implique donc de vérifier si, d'une part, les motifs invoqués par l'Etat sont suffisants et pertinents et, d'autre part, si la mesure respecte bien un juste équilibre entre l'intérêt général de l'Etat et les intérêts individuels en cause. L'ampleur de cette marge va alors varier en fonction de différents paramètres, tout particulièrement selon qu'il existe ou non un dénominateur commun aux Etats, qui se dessinera comme le critère déterminant de l'étendue de la liberté des Etats¹⁰⁵⁵ et donc, par conséquent, du principe de subsidiarité. Cette marge pourra ainsi être étroite – et le pluralisme restreint – lorsqu'il existe une communauté de vues entre les Etats membres ou bien large – et le pluralisme d'autant plus respecté – lorsqu'il existe une diversité des conceptions, pratiques ou opinions en Europe. La marge nationale d'appréciation n'est donc pas qu'une technique de protection des diversités mais aussi d'harmonisation des droits¹⁰⁵⁶. Parce qu'elle « *présente, tel Janus, deux visages et deux faces, l'une tournée vers les Etats et leur souveraineté, et l'autre vers le patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques* »¹⁰⁵⁷, elle exprime toute l'ambivalence du principe de subsidiarité. En effet, elle permet de faire coïncider les deux facettes de cette subsidiarité – entre respect de l'autonomie de l'entité inférieure et obligation d'intervention au soutien de celle-ci – et constitue donc « *l'interface* » ou « *la charnière* »¹⁰⁵⁸ entre ces deux conceptions.

317. Il ressort de ces différents éléments que le principe de subsidiarité – *via* la marge d'appréciation spécifiquement – se dessine comme l'outil de gestion du pluralisme. En effet, le principe de subsidiarité endosse le rôle de « *concept régulateur permettant la réalisation*

¹⁰⁵² Voir *infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, § 2.

¹⁰⁵³ Cour EDH, 21 juin 1988, *Berrehab c. Pays-Bas*, req. n°10730/84, série A n°318, § 28.

¹⁰⁵⁴ Cour EDH, 24 novembre 1986, *Gillow c. Royaume-Uni*, req. n°9063/80, série A n°109, § 55.

¹⁰⁵⁵ Voir *infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, § 2.

¹⁰⁵⁶ Voir *infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2.

¹⁰⁵⁷ P. TAVERNIER, « De la subsidiarité et de quelques notions voisines. Pérégrinations entre le droit international et le droit européen », *op. cit.*, p. 224.

¹⁰⁵⁸ *Ibid.*

[et variation] du pluralisme »¹⁰⁵⁹. La prise en compte, par le juge européen, de la diversité locale conduit, toutefois, à « *la dilution du caractère impératif de la norme conventionnelle. [...] L'incertitude qui en découle participe donc à l'établissement d'une autolimitation étendue de la part de la Cour* »¹⁰⁶⁰. Cela va de pair avec la nature même du principe de subsidiarité qui – en tant que protecteur de l'autonomie de l'échelon inférieur – doit être, pour le juge européen, un motif de retenue dans l'exercice de son contrôle des obligations conventionnelles¹⁰⁶¹.

§2- L'exigence subséquente de retenue judiciaire du juge européen

318. « *Une retenue judiciaire adéquate est une question de croyance et d'attitude, de réserve, de jugement, de respect et de perspicacité quant aux impératifs d'une relation de coopération* »¹⁰⁶². Le principe de subsidiarité est, avant tout, un principe d'autolimitation du contrôle de la Cour européenne. D'une part, il lui impose de faire preuve de retenue quant au moment de son intervention, le juge strasbourgeois ne pouvant agir qu'en cas de défaillance des autorités nationales et donc seulement après épuisement des voies de recours internes¹⁰⁶³. D'autre part, la Cour européenne doit faire preuve de retenue quant aux modalités d'exercice et quant à l'étendue de son contrôle dès lors qu'elle est un juge international moins bien placé que l'Etat membre pour traiter des questions en cause. Etrangement, c'est la Cour elle-même qui est venue dessiner les contours de son office¹⁰⁶⁴ – tel que conditionné néanmoins par le principe de subsidiarité – sans toutefois se lier de trop par une appréciation rigide insusceptible d'évolutions. Sur ce point, le principe de subsidiarité s'associe alors à la théorie du « *judicial self-restraint* » (A) qui semble, toutefois, être malmenée à l'aune d'un contrôle européen de plus en plus abstrait (B).

¹⁰⁵⁹ A. BEDUSCHI ORTIZ, « Pluralisme et subsidiarité en droit social communautaire », in M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruylant, 2010, p. 233.

¹⁰⁶⁰ P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme: essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, op. cit., p. 415.

¹⁰⁶¹ F. TULKENS et L. DONNAY, « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ? », op. cit., p. 3.

¹⁰⁶² G. LUBBE-WOLFF, « Comment la Cour européenne des droits de l'homme peut-elle renforcer le rôle des juridictions nationales dans le système de la Convention ? », op. cit., p. 17.

¹⁰⁶³ Voir *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

¹⁰⁶⁴ C'est pourquoi est utilisée l'expression d'autolimitation de la Cour européenne.

A- La théorie du « judicial self-restraint » en droit européen

319. Cette théorie, souvent invoquée en droit de la Convention européenne¹⁰⁶⁵, est une doctrine américaine développée en réponse à l'activisme judiciaire grandissant de la Cour suprême des Etats-Unis (1). Bien qu'initialement appliquée au droit constitutionnel, elle est toutefois transposable au droit européen des droits de l'homme (2).

1- Une doctrine d'origine américaine

320. Le « judicial self-restraint » peut se définir comme « *l'autodiscipline évitant aux juges de faire prévaloir des opinions personnelles, contraires aux précédents existants et aux lois* »¹⁰⁶⁶ ou encore comme la « *volonté [...] de ne pas indisposer le pouvoir politique en place* »¹⁰⁶⁷. Cette doctrine implique alors une interprétation stricte et rigoureuse des textes de droit par les juges qui ne doivent pas se délier arbitrairement des contraintes de fait et de droit pesant sur eux. Des contraintes de fait, tout d'abord, « *qui tiennent tantôt à l'éducation des juges, à l'esprit de modération, aux conditions de travail et notamment au caractère collégial des juridictions* »¹⁰⁶⁸; des contraintes juridiques, ensuite, tenant pour l'essentiel à la motivation des décisions et au respect de la cohérence jurisprudentielle. Ces contraintes sont fondamentales en ce qu'elles garantissent la sécurité juridique qui serait fortement négligée face à un juge totalement libre dans l'interprétation des fondements textuels. Le débat porte donc, en substance, sur les limites d'une interprétation légitime des juges.

321. Cette théorie de l'autolimitation judiciaire a vu le jour, pour la première fois, aux Etats-Unis dans le but de restreindre les pouvoirs de la Cour suprême qui, en tant que « *Cour*

¹⁰⁶⁵ Voir, notamment, G. CORSTENS, Allocution devant la Cour EDH dans le cadre du séminaire « La Convention vous appartient », le 29 janvier 2010 : La Cour doit « *respecter le principe de subsidiarité et ne pas chercher à devenir une quatrième instance. Cela lui impose donc d'observer une certaine retenue* » ; J-P. COSTA, « Intervention introductive » à la conférence devant le Conseil d'Etat, le 19 avril 2010 : « *la démarche de la Cour est plus celle de la retenue judiciaire, du self-restraint* » ; F. MATSCHER, « La Cour européenne des droits de l'homme hier, aujourd'hui et demain, au lendemain de son cinquantième anniversaire », *RTDH*, n°80, 2009, p. 919 : « *Tout ceci est aussi une conséquence du "judicial self restraint", de cette "autolimitation judiciaire", qui caractérise l'œuvre de la Cour* ».

¹⁰⁶⁶ Définition du dictionnaire juridique américain Black's Law Dictionary, cité par L. PECH, « Le remède a "gouvernement des juges" : le judicial self-restraint ? », in S. BRONDEL, N. FOULQUIER, L. HEUSCHLING (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 93.

¹⁰⁶⁷ F. MODERNE, « Les principes : permanence et nouveauté », *RFDA*, 1999, p. 733.

¹⁰⁶⁸ M. TROPER, « La liberté de l'interprète », *Colloque L'office du juge. Fonctions et devoirs du juge dans les sociétés démocratiques*, les 29 et 30 septembre 2006 au Sénat.

placée plus haut qu'aucun tribunal connu»¹⁰⁶⁹, a souvent été accusée de rendre des jurisprudences activistes – voire illégitimes¹⁰⁷⁰ – puisque bafouant la volonté du peuple et de ses représentants. Cette attitude jurisprudentielle de la Cour suprême a donné lieu à ce qu'il est communément appelé en France « le gouvernement des juges »¹⁰⁷¹ ou, aux Etats-Unis, le « judicial supremacy » dont elle est le symbole. La doctrine de la réserve judiciaire est donc née en réponse au pouvoir judiciaire grandissant de la Cour suprême qui, selon le Professeur Michel TROPER, « dispose, au moins dans certaines matières, de la totalité du pouvoir législatif »¹⁰⁷². Pour limiter ce risque et ce, même si l'interprète est naturellement conduit à se revêtir d'un pouvoir normatif plus ou moins consubstantiel à tout acte d'interprétation, la doctrine de la réserve judiciaire suppose de ne prendre en considération que les normes juridiques explicites ou clairement implicites, et impose donc une lecture fidèle du texte constitutionnel. Pour ce faire, le juge se doit d'effectuer une interprétation essentiellement littérale¹⁰⁷³. Cette doctrine préconise également de porter une attention toute particulière à la volonté des rédacteurs du texte qui, selon une méthode contextuelle et finaliste, est également courante en droit conventionnel, puisque la Cour européenne interprète nombreuses dispositions en fonction de l'objet et du but de la Convention¹⁰⁷⁴. Finalement, la doctrine du « judicial self-restraint » ne se distingue guère des préconisations de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 qui, dans son article 31, dispose qu'« *un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but* »¹⁰⁷⁵. Ainsi, les juges se doivent de faire abstraction de leurs opinions ou convictions personnelles afin d'interpréter le texte « de bonne

¹⁰⁶⁹ A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique. Œuvres*, Gallimard, Pléiade, 1992, Vol. 2, p. 168.

¹⁰⁷⁰ Voir, entre autres, Cour suprême des Etats-Unis, *Marbury vs Madison*, 24 février 1803, (5 U.S. 137).

¹⁰⁷¹ Cette expression – utilisée pour la première fois par Louis B. BOUDIN dans un article « Government by Judiciary », *Political Science Quarterly*, vol. 26, 1911, p. 238-270 puis par Edouard LAMBERT dans *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, renvoie à l'idée d'un empiètement arbitraire du pouvoir judiciaire sur le pouvoir législatif, bien que ne bénéficiant pas d'une définition unique. Le Professeur Gérard TIMSIT s'interroge justement sur la question de savoir si toute contribution du juge à l'élaboration des normes doit être considérée comme une création des normes, juge qui devrait donc être qualifié de « juge qui gouverne ». Il répond que « si c'était le cas, le gouvernement des juges commencerait très tôt, et l'accusation, trop générale, risquerait alors de perdre toute portée... » ; G. TIMSIT, *Gouverner ou juger*, PUF, 1995, p. 1.

¹⁰⁷² M. TROPER, « Démocratie continue et justice constitutionnelle », in D. ROUSSEAU (dir), *La démocratie continu*, LGDJ, Bruylant, 1992, p. 132.

¹⁰⁷³ L. PECH, « Le remède au “gouvernement des juges” : le judicial self-restraint ? », *op. cit.*, p. 92 et suiv.

¹⁰⁷⁴ Voir, dans ce sens, Cour EDH, 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n°4451/70, série A n°18, (GACEDH, n°27) § 34 où la Cour se réfère à la méthode interprétative préconisée par la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 et procède à l'interprétation des termes de l'article 6 § 1 « dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but de la Convention ».

¹⁰⁷⁵ Article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969.

foi », selon une interprétation littérale des termes du traité et en fonction du contexte, de l'objet et du but de ce dernier, donc en fonction de l'intention originelle des rédacteurs. Cette autolimitation des juges impose, par ailleurs, un respect des précédents judiciaires – seule garantie de la prévisibilité du droit et « *de la neutralité judiciaire* »¹⁰⁷⁶ – et suppose donc de respecter l'originalisme¹⁰⁷⁷ du texte en question. En raison du caractère subsidiaire du système ainsi que du « *caractère relatif de la norme dont procède inévitablement une pluralité de solutions possibles et qui oblige le juge conventionnel à une certaine forme de modestie* »¹⁰⁷⁸, une transposition de la doctrine du « judicial self-restraint », en droit européen, apparaît nécessaire.

2- La transposition au juge européen

322. En droit européen, cette exigence de retenue judiciaire a d'autant plus de poids que la Cour européenne – en tant que juridiction internationale – n'a pas vocation à se substituer au contrôle des juridictions nationales. Elle n'est pas une juridiction d'appel, ni une voie de recours de « *troisième ou de quatrième instance* »¹⁰⁷⁹ mais doit s'en tenir au contrôle des engagements des Etats dans la protection des droits fondamentaux, sans aller au-delà des compétences qui lui ont été souverainement conférées. Cette retenue s'explique logiquement au regard du principe de subsidiarité qui atteste que les autorités nationales sont, de toute façon, mieux placées que le juge européen du fait de leurs « *contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays* »¹⁰⁸⁰ et de leur meilleure connaissance du système juridique en cause.

323. Cette retenue s'illustre principalement au travers de la marge nationale d'appréciation qui conduit la Cour à procéder selon une méthode comparative et empirique¹⁰⁸¹, lui permettant de ne pas empiéter de trop sur les compétences étatiques prioritaires. Cette retenue s'exprime tout particulièrement à l'égard des investigations

¹⁰⁷⁶ L. PECH, « Le remède au “gouvernement des juges” : le judicial self-restraint ? », *op. cit.*, p. 93.

¹⁰⁷⁷ L'originalisme est une théorie de l'interprétation juridique, développée aux Etats-Unis et selon laquelle un texte doit être interprété en tenant compte de sa signification à l'époque de son élaboration. En ce qui concerne la Convention, il conviendrait donc de développer une interprétation conforme à la volonté souveraine des Etats contractants.

¹⁰⁷⁸ P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme: essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005, vol. 1, p. 383.

¹⁰⁷⁹ Par exemple, Cour EDH, 2 avril 2009, *Vassiliadis c. Grèce*, req. n°32086/06, § 29.

¹⁰⁸⁰ Cour EDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 48.

¹⁰⁸¹ Pour plus de détails, voir *infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2.

nationales relatives aux éléments de fait. Elle a ainsi très clairement affirmé dans la jurisprudence *Kemmache* contre France qu'il ne lui appartient pas « *d'apprécier elle-même les éléments de fait ayant conduit une juridiction nationale à adopter telle décision plutôt que telle autre [...] sinon, elle s'érigerait en juge de troisième ou quatrième instance et méconnaîtrait les limites de sa mission* »¹⁰⁸². En sus d'une retenue à l'égard des éventuelles « *erreurs de faits ou de droit* »¹⁰⁸³ des juridictions internes, le mode de preuve, leur production ainsi que leur administration et recevabilité relèvent également des règles de droit interne et « *il revient en principe aux juridictions nationales d'apprécier les éléments recueillis par elles* »¹⁰⁸⁴. Dans l'affaire *Gäfgen* contre Allemagne, par exemple, portant – au titre de l'article 6 – sur la réglementation de l'admissibilité des preuves en matière pénale et sur le champ d'application de la règle d'exclusion des preuves obtenues par torture, la Cour réaffirme avec force le rôle prioritaire des autorités nationales en la matière¹⁰⁸⁵. Ce n'est pas, non plus, à elle « *d'interpréter et d'appliquer le droit interne* »¹⁰⁸⁶, ou d'apprécier « *la culpabilité ou non d'un accusé dans l'affaire pénale* »¹⁰⁸⁷. La priorité des fonctions des autorités nationales explique la reconnaissance d'un pouvoir relativement discrétionnaire quant à ces différents éléments, la Cour n'ayant pour tâche que de contrôler le caractère équitable de la procédure dans son ensemble¹⁰⁸⁸. Elle n'aura donc de cesse d'affirmer qu'« *elle n'a point pour tâche de se substituer aux juridictions internes dans l'établissement des faits et l'interprétation du droit interne* »¹⁰⁸⁹.

¹⁰⁸² Cour EDH, 24 novembre 1994, *Kemmache c. France* (N°3), req. n°17621/91, série A n°296-C, § 44 ; *JDI*, 1995, n°3, pp. 788-791, note O. DE FROUVILLE. La Cour a récemment confirmé cette approche dans Cour EDH, Gde ch., 18 septembre 2009, *Varnava et autres c. Turquie*, req. n°16064/90 et al., Rec. 2009, § 164 ; *JDI*, 2010, n°3, pp. 993-996, note E. DECAUX.

¹⁰⁸³ Cour EDH, 4 avril 2014, *Grande Stevens et autres c. Italie*, req. n°18640/10 et al., § 158 ; *JCP G.*, 2014, n°28, doct. 832, chron. F. SUDRE ; Cour EDH, Gde ch., 26 novembre 2013, *X c. Lettonie*, req. n°27853/09, § 62 ; *JCP G.*, 2013, n°51, p. 2339, note G. GONZALEZ ; Cour EDH, 10 décembre 2013, *Ceacir c. République De Moldova*, req. n°50115/06, § 41 etc.

¹⁰⁸⁴ Cour EDH, 19 février 1991, *Isgro c. Italie*, req. n°11339/85, série A n°194-A, § 31.

¹⁰⁸⁵ Cour EDH, Gde ch., 1 juin 2010, *Gäfgen c. Allemagne*, req. n°22978/05, Rec. 2010, §§ 162 et 163 ; *JCP G.*, 2010, n°25, 701, obs. G. GONZALEZ.

¹⁰⁸⁶ Voir, entre autres, Cour EDH, 17 décembre 2013, *Perinçek c. Suisse*, req. n°27510/08, § 66 ; *JCP G.*, 2014, n°1, p. 44, obs. G. GONZALEZ ; Cour EDH, déc., 17 décembre 2013, *Nășui c. Roumanie*, req. n°42529/08, § 21 ; Cour EDH, 31 octobre 2013, *Janyr c. République Tchèque*, req. n°42937/08, § 96.

¹⁰⁸⁷ Note du jurisconsulte de la Cour européenne, sur le « Principe de subsidiarité », dans le cadre du Suivi d'Interlaken, 8 juillet 2012, pp. 11 et 12, disponible sur : http://www.echr.coe.int/Documents/2010_Interlaken_Follow-up_FRA.pdf.

¹⁰⁸⁸ Cour EDH, 10 février 2011, *3A.CZ S.R.O c. République tchèque*, req. n°21835/06, § 47.

¹⁰⁸⁹ Cour EDH, déc., 14 juin 2011, *Ivanov et petrova c. Bulgarie*, req. n°15001/04, § 44. Plus récemment, voir dans ce sens, Cour EDH, déc., 10 mars 2015, *Kosiński c. Pologne*, req. n°23534/12, § 13 et suiv. ; Cour EDH, 13 octobre 2015, *Riza et autres c. Bulgarie*, req. n°48555/10, § 143.

324. Cependant, le juge de Strasbourg a également affirmé jouir de « *la plénitude de juridiction* »¹⁰⁹⁰ lui permettant ainsi de connaître de toutes les questions de droit ou de fait, nécessaires au bon examen d'une affaire. L'ex-Commission européenne a, quant à elle, mené parfois sa propre enquête lorsqu'étaient en cause des violations particulièrement graves¹⁰⁹¹. De plus, la Cour conserve finalement la possibilité d'apprécier certains éléments relatifs à l'établissement des faits ou des moyens de preuve dans la mesure où elle impose aux Etats, au titre des obligations positives procédurales, de mener une enquête effective¹⁰⁹² et qui, en cas de défaut, peut donner lieu à un constat de violation indépendant de celle de l'obligation matérielle¹⁰⁹³. Le développement de cette procéduralisation des droits¹⁰⁹⁴ atteste incontestablement d'une volonté d'aller au-delà des prérogatives conférées, bien que cette approche se justifie, néanmoins, par une recherche constante d'effectivité des droits¹⁰⁹⁵. Certains juges européens ont pu ainsi porter un regard critique sur le manque de retenue de la Cour, par exemple, lorsque celle-ci « *revient sur la question de l'intérêt supérieur de l'enfant après trois jugements de première instance, trois arrêts sur appel et un arrêt de la Cour suprême portugaise sur la question de la déchéance de l'autorité parentale [...]. Les juridictions nationales ayant longuement examiné toutes les questions de fait et de droit que posait cette affaire [...], la Cour aurait dû faire preuve de retenue dans l'exercice de son pouvoir de contrôle [...]. Dans ces conditions, force est de conclure que le principe de subsidiarité n'a pas été respecté* »¹⁰⁹⁶ et qu'elle vient, contrairement à ses préconisations, « *substituer sa propre appréciation des faits et des preuves à celle des juridictions*

¹⁰⁹⁰ Cour EDH, 18 juin 1971, *De Wilde, Ooms et Versyp* (« Vagabondage ») c. Belgique, req. n°2832/66 et al., série A n°12, § 49 ; *GACEDH*, n°20.

¹⁰⁹¹ Voir, notamment, Cour EDH, 13 juin 2000, *Timurtas c. Turquie*, req. n°23531/94, Rec. 2000-VI, §§ 14 et 39.

¹⁰⁹² Pour plus de détails, voir *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

¹⁰⁹³ Cour EDH, Gde ch., 24 mars 2011, *Giuliani et Gaggio c. Italie*, req. n°23458/02, § 229 : « *l'obligation pour l'Etat de mener une enquête effective est considérée [...] comme une obligation inhérente à l'article 2. [...] Elle peut donner lieu à un constat d' "ingérence" distincte et indépendante. Cette conclusion découle du fait que la Cour a toujours examiné la question des obligations procédurales séparément de la question du respect de l'obligation matérielle* » ; *JCP G.*, 2011, n°16, p. 753, note G. GONZALEZ.

¹⁰⁹⁴ La procéduralisation des droits s'entend comme le « *processus d'adjonction jurisprudentielle d'une obligation procédurale à la charge des autorités nationales, destinées à renforcer la protection interne d'un droit substantiel garanti par la Convention* » (E. DUBOUT, « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, n°70, 2007, pp. 397-425). Pour plus de détails, voir notamment la thèse de Nina LE BONNIEC, *La procéduralisation des droits substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme. Réflexion sur le contrôle juridictionnel du respect des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme*, Université de Montpellier, 2015.

¹⁰⁹⁵ Cour EDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, req. n°6289/73, série A n°32, § 24 ; *GACEDH*, n°2.

¹⁰⁹⁶ Opinion partiellement concordante et partiellement dissidente des juges SAJO et PINTO DE ALBUQUERQUE sous l'arrêt Cour EDH, 10 avril 2012, *Pontes c. Portugal*, req. n°19554/09 ; *Dr. famille*, 2012, n°6, comm. 97, M. BRUGGEMAN.

internes »¹⁰⁹⁷. La Cour semble également ignorer cette exigence de retenue lorsqu'elle substitue sa propre appréciation à celle du juge national dans l'interprétation d'un acte testamentaire entre personnes privées¹⁰⁹⁸, lorsqu'elle sanctionne le juge judiciaire français pour avoir déclaré, à tort, un moyen de cassation irrecevable et ainsi commis une erreur manifeste d'appréciation¹⁰⁹⁹. Dans son arrêt *Hirst contre Royaume-Uni*, elle tentera même de justifier l'audace de son contrôle par des références inattendues, telles que les dires du juge en chef McLachlin¹¹⁰⁰. Si pour d'autres, la Cour se réfugie parfois de manière contestable derrière ce principe d'autolimitation¹¹⁰¹, il n'en reste pas moins qu'il se doit d'être au cœur du contrôle européen subsidiaire.

325. Par conséquent, le juge des droits de l'homme ne doit pas « *exercer [...] une tutelle tatillonne sur les Etats et leur concède une large latitude* »¹¹⁰². Il opère alors un contrôle plus restreint de la nécessité et proportionnalité de la mesure et porte parfois un regard indulgent sur les mesures législatives adoptées, considérant par exemple que « *le législateur autrichien pouvait théoriquement aussi élaborer et adopter d'autres mesures ou garanties propres à réduire les risques inhérents au don d'ovules* »¹¹⁰³. Autre élément caractéristique de la retenue du juge, il doit normalement exercer un contrôle concret – et non abstrait – des violations invoquées.

¹⁰⁹⁷ Cour EDH, 19 décembre 2013, *N.K. c. France*, req. n°7974/11, § 38 ; Cour EDH, 14 novembre 2013, *Z.M. c. France*, req. n°40042/11, § 60 ; Cour EDH, 9 juillet 2013, *Dinç et Çakir c. Turquie*, req. n°66066/09, § 46.

¹⁰⁹⁸ Cour EDH, 13 juillet 2004, *Pla et Puncerneau c. Andorre*, req. n°69498/01, Rec. 2004-VIII ; *JCP G.*, 2005, II, 10052, note F. BOULANGER.

¹⁰⁹⁹ Cour EDH, 21 mars 2000, *Dulaurans c. France*, req. n°34553/97. A l'inverse, le juge européen fera preuve de retenue face au rejet d'un nouveau moyen de cassation jugé irrecevable par la Cour de Cassation dans une affaire Cour EDH, 16 février 2012, *Tourisme d'affaires c. France*, req. n°17814/10 ; *JCP G.*, 2012, n°10, 293, obs. G. GONZALEZ.

¹¹⁰⁰ Cour EDH, Gde ch., 6 octobre 2005, *Hirst c. Royaume-Uni (N°2)*, req. n°74025/01, Rec. 2005-IX, § 36 : « *le droit de vote est un droit fondamental pour la démocratie canadienne et la prééminence du droit, et [qu'] il ne peut être écarté à la légère. Les restrictions à ce droit exigent non pas une retenue judiciaire, mais un examen approfondi* » ; *JCP G.*, 2004, n°38, pp. 1577-1582, chron. F. SUDRE.

¹¹⁰¹ Voir, dans ce sens, l'opinion en partie dissidente de la juge PALM sous l'arrêt Cour EDH, Gde ch., 10 mai 2001, *Chypre c. Turquie*, req. n°25781/94, Rec. 2001-IV ; *JCP G.*, 2001, n°31, I-342, p. 1559, chron. F. SUDRE.

¹¹⁰² M. LEVINET, *Théorie générale des droits et libertés*, LGDJ, 4^{ème} édition, 2012, p. 258.

¹¹⁰³ Cour EDH, Gde ch., 3 novembre 2011, *S.H. et autres c. Autriche*, req. n°57813/00, § 105 ; *RTD Civ.*, 2012, n°2, pp. 283-285, chron. J-P. MARGUENAUD ; *JCP G.*, 2011, n°47, 1291, obs. C. PICHERAL ; *JCP G.*, 2012, n°4, doct. 87, chron. F. SUDRE.

B- Le glissement critiquable d'un contrôle concret à abstrait

326. De jurisprudence constante, la Cour affirme qu'elle n'a pas à s'ériger « *en juge de troisième ou quatrième instance* »¹¹⁰⁴ sous peine de méconnaître sa mission. Sauf cas de requêtes interétatiques où elle est alors forcée de statuer *in abstracto*, il ne lui revient pas de juger dans l'abstrait de la conventionnalité d'une loi, d'un règlement, d'une jurisprudence ou d'une pratique administrative, le contrôle de la Cour se limitant, par conséquent, à un contrôle dit « *in concreto* » (1). Pourtant, il est incontestable que le juge de Strasbourg a de plus en plus tendance à effectuer un contrôle abstrait, le conduisant alors à se comporter comme une Cour suprême non subsidiaire (2).

1- La nécessité d'un contrôle « *in concreto* »

327. L'interdiction faite à la Cour d'apprécier le droit interne des Etats membres justifie l'exercice d'un contrôle « *in concreto* », qui lui impose de statuer dans les strictes limites du cas d'espèce et d'examiner seulement si une mesure nationale concrète emporte ou non violation de la Convention. La Cour n'a donc pas vocation à effectuer un contrôle dit « *in abstracto* » c'est-à-dire un contrôle qui la conduirait à apprécier de manière générale et dans l'abstrait, la conventionnalité d'une loi nationale. En effet, le Cour affirme depuis ses arrêts *De Becker contre Belgique* et *Schiesser contre Suisse* qu'elle « *ne doit pas se livrer à un contrôle abstrait des normes mais limiter son examen [...] à la manière dont ladite législation a été appliquée dans les circonstances de la cause* »¹¹⁰⁵.

328. Cette exigence n'empêche toutefois pas le requérant de se prétendre victime d'une loi nationale, la qualité de victime étant – au regard de l'article 34 de la Convention – une condition absolue de la recevabilité des recours. Si la Cour interprète souplesment cette exigence – cette dernière développant une approche « *pro victima* » de sa compétence *ratione personae* – il n'en reste pas moins que le requérant doit démontrer un intérêt à agir et donc être directement concerné par l'acte ou l'omission litigieux¹¹⁰⁶. La Cour refuse, par conséquent, toute « *actio popularis* », c'est-à-dire tout recours abstrait d'intérêt collectif qui

¹¹⁰⁴ Voir, parmi d'autres, Cour EDH, 12 avril 2011, *Adrian Constantin c. Roumanie*, req. n°21175/03, § 20.

¹¹⁰⁵ Cour EDH, 4 décembre 1979, *Schiesser c. Suisse*, req. n°7710/76, série A n°34 § 32 ; Cour EDH, 27 mars 1962, *De Becker c. Belgique*, req. n°214/56, série A n°4, § 14.

¹¹⁰⁶ Cour EDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n°6833/74, série A n°31, § 27 ; *GACEDH*, n°51. L'exigence tenant à la présence d'une victime directe de la violation sera, toutefois, assouplie par l'admission des notions de « *victimes potentielles* » et de « *victimes indirectes* ».

conduirait nécessairement à l'examen de la conventionnalité d'une loi ou d'un règlement national sans qu'aucun requérant ne soit directement concerné¹¹⁰⁷. Une telle action ne peut, en aucun cas, être introduite devant la Cour, que cela soit à des fins d'interprétation des droits garantis dans la Convention¹¹⁰⁸ ou dans le but de contester une disposition nationale qui semblerait être inconventionnelle sans que les requérants n'aient directement subi les effets préjudiciables de celle-ci¹¹⁰⁹. Ainsi la Cour considère, par exemple, que les requérants se plaignant *in abstracto* des effets d'une contamination des plantes par les OGM sur la santé publique et l'environnement et ce, sans qu'un effet direct ou indirect sur leur propre santé ou vie privée et familiale ne soit démontré, ne peuvent être considérés comme « victime » au sens de l'article 34 de la Convention, leur grief relevant alors très clairement d'une « *actio popularis* »¹¹¹⁰.

329. Cette exigence d'examen « *in concreto* » impose, par ailleurs, au juge européen « *de prendre en considération la situation légale qui touche personnellement le requérant* »¹¹¹¹. Elle doit pour ce faire, réaliser un examen approfondi des conditions et circonstances factuelles, propres à chaque espèce, notamment lorsque sont en cause des droits particulièrement protégés tels que l'article 3 de la Convention. La Cour prend alors en considération « *l'ensemble des données de la cause, notamment de la durée du traitement et de ses effets physiques ou mentaux ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge et de l'état de santé de la victime* »¹¹¹² pour venir apprécier la gravité et qualification du traitement, et conclure, s'il y a lieu, à la violation dudit article. Pour un autre exemple, dans l'arrêt A, B et C contre Irlande concernant l'accès au système juridique de l'avortement thérapeutique, la Cour prend en considération les éléments de faits propres aux trois requérantes, tels que « *les antécédents d'alcoolisme et de dépression post-natale* »¹¹¹³ de l'une, « *le contexte familial difficile* »¹¹¹⁴ et

¹¹⁰⁷ Cour EDH, 27 mars 1962, *De Becker c. Belgique*, req. n°214/56, série A n°4, § 14 : « *la Cour n'est point appelée, [...], à statuer sur un problème abstrait touchant la compatibilité d'une loi avec les dispositions de la Convention, mais sur le cas concret de l'application d'une telle loi à l'égard du requérant et dans la mesure où celui-ci se trouverait de ce fait, lésé dans l'exercice de l'un des droits garantis* ».

¹¹⁰⁸ Cour EDH, Gde ch., 27 avril 2010, *Tanase c. Moldova*, req. n°7/08, Rec. 2010, § 104 ; *JCP G.*, 2010, n°21, p. 1082, veille L. MILANO.

¹¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹¹⁰ Cour EDH, déc., 29 juin 2010, *Caron et autres c. France*, req. n°48629/08, § 1 ; *JCP A.*, 2011, n°5, 2039, Chron. O. DUBOS et D. SZYMCAK.

¹¹¹¹ Cour EDH, déc., 23 février 1999, *Preda et dardari c. Italie*, req. n°28160/95 et 28382/95, Rec. 1999-II.

¹¹¹² Cour EDH, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, req. n°5310/71, série A n°25, § 162 ; *JDI*, 1980, 449, obs. P. ROLLAND ; et plus récemment dans Cour EDH, Gde ch., 21 janvier 2011, *M.S.S c. Belgique et Grèce*, req. n°30696/09, § 219 ; *JCP G.*, 2011, n°16, pp. 760-763, comm. E. DUBOUT.

¹¹¹³ Cour EDH, Gde ch., 16 décembre 2010, *A, B et C c. Irlande*, req. n°25579/05, § 125 ; *JCP G.*, 2011, n°3, 58, obs. M. LEVINET ; *JCP G.*, 2011, n°4, doct. 94, chron. F. SUDRE.

¹¹¹⁴ *Ibid.*

les risques de « *récidive du cancer* »¹¹¹⁵ des autres, pour apprécier la potentielle violation de la Convention. La Cour se voit ainsi contrainte de limiter son contrôle au cas concret des affaires qui lui sont présentées, sans aucun pouvoir d'appréciation « *in abstracto* » de la conventionnalité des législations et mesures nationales. Pourtant, elle ne se prive pas toujours d'effectuer un tel contrôle¹¹¹⁶.

2- Les manifestations préjudiciables d'un contrôle « *in abstracto* »

330. Si les circonstances de l'affaire peuvent parfois justifier « *une évaluation in abstracto* »¹¹¹⁷ de la mesure et ce, afin de déterminer la solution d'un litige concret – notamment lorsqu'est en cause l'absence de législation pourtant nécessaire à la garantie d'un droit conventionnel – « *les examens de la situation légale de l'Etat en cause* »¹¹¹⁸ doivent rester exceptionnels. Même si les exemples sont globalement limités, le contrôle européen apparaît parfois critiquable lorsque, d'une part, la Cour procède à une interprétation souple de la notion de victime et autorise la recevabilité d'une requête frôlant pourtant *l'actio popularis* ou, d'autre part, lorsqu'elle exerce – lors de son contrôle au fond – une analyse abstraite des mesures nationales.

331. Dans la célèbre mais caractéristique affaire Open Door et Dublin Well Woman contre Irlande¹¹¹⁹ tout d'abord, la frontière entre le recours individuel conditionné par l'article 34 et *l'actio popularis* apparaît particulièrement mince.

Dans cet arrêt, la Cour considère que des mesures restreignant la distribution d'informations relatives à l'avortement, portent atteinte à l'article 10 de la Convention en ce qu'elles privent les requérantes d'avoir accès à ces informations. Si les associations Open Door et Dublin Well Woman pouvaient se prétendre véritablement victimes de l'interdiction relative à la diffusion d'informations concernant l'avortement – puisque voyant de ce fait leurs activités réduites – les deux autres requérantes qui n'étaient nullement en état de grossesse ne pouvaient, semble-t-il, se prétendre victimes de ladite restriction. Le

¹¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹¹⁶ Voir, par exemple, M. AFROUKH, « L'identification d'une tendance récente à l'objectivisation du contentieux dans le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme », *RDH*, 2015, n°5, pp. 1357-1381.

¹¹¹⁷ F. MATSCHER, « La Cour européenne des droits de l'homme hier, aujourd'hui et demain, au lendemain de son cinquantième anniversaire », *RTDH*, 80/2009, p. 917.

¹¹¹⁸ *Ibid.*, p. 920.

¹¹¹⁹ Cour EDH, 29 octobre 1992, *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, req. n°14234/88 et al., série A n°246 ; *GACEDH*, n°72 ; *RFDC*, 1993, p. 216 et suiv., note F. SUDRE.

Gouvernement plaidait donc que seule « *les sociétés requérantes [pouvaient] se prétendre “victimes” d’une violation* »¹¹²⁰, le litige s’analysant à l’égard des deux autres requérantes « *en une actio popularis* »¹¹²¹. La Cour justifie son contrôle en invoquant l’argument selon lequel, puisque ces jeunes femmes sont en âge de procréer et donc susceptibles de tomber enceinte, elles risquent d’avoir à supporter directement les effets de l’interdiction de la Cour suprême. Ainsi, ces deux requérantes doivent être considérées comme des victimes potentielles dont le recours est jugé recevable. Cet arrêt est contestable car il s’analyse davantage en un procès contre l’inconventionnalité du droit irlandais en matière d’avortement, sans aucun examen véritable « *de la situation légale qui touche personnellement les requérantes* »¹¹²². Pourtant, la Cour a de nouveau affirmé qu’il est libre à un particulier d’alléguer qu’une loi viole ses droits, du simple fait de son existence, si celui-ci fait partie d’une catégorie de personnes risquant de subir directement les effets de la législation en cause¹¹²³. Or, il est clair que cet élargissement des conditions de recevabilité par le biais d’une ouverture de la notion de victime favorise un « *mouvement d’objectivation du contentieux européen en transformant le droit de recours en véritable actio popularis. Cette évolution tend à remettre en cause le principe de subsidiarité. D’une part, cela va à l’encontre de l’intention des Etats Parties ; d’autre part, cela contredit l’esprit du mécanisme conventionnel qui veut que le juge européen ne se prononce que sur des cas concrets de violation de la Convention* »¹¹²⁴.

Le juge des droits de l’homme a notamment confirmé cette pratique de l’*actio popularis* dans une affaire S.A.S. contre France du 1^{er} juillet 2014¹¹²⁵ traitant d’une interdiction générale du port du voile intégral dans l’espace public. Si le recours à la notion de victime potentielle incitait naturellement la Cour à se prononcer malgré l’absence de mesure concrète d’application de la loi, le juge européen pousse toujours plus loin sa compétence *ratione personae* et le caractère « abstrait » de son contrôle. En l’espèce, et contrairement à la jurisprudence de principe *Dudgeon contre Royaume-Uni*¹¹²⁶ – s’agissant de la notion de

¹¹²⁰ *Ibid.*, § 41.

¹¹²¹ *Ibid.*

¹¹²² Cour EDH, déc., 23 février 1999, *Preda et dardari c. Italie*, req. n°28160/95 et 28382/95, Rec. 1999-II.

¹¹²³ Cour EDH, Gde ch., 27 avril 2010, *Tanase c. Moldova*, req. n°7/08, Rec. 2010, § 104 ; *JCP G.*, 2010, n°21, p. 1082, veille L. MILANO.

¹¹²⁴ L. MILANO, « Convention européenne des droits de l’homme, pluralisme et garanties procédurales », in M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l’homme*, Bruylant, 2010, p. 344.

¹¹²⁵ Cour EDH, Gde ch., 1 juillet 2014, *S.A.S. c. France*, req. n°43835/11 ; *JCP G.*, 2014, n°39, 974, note A. LEVADE ; *JCP G.*, 2014, n°29, 835, libres propos B. BONNET.

¹¹²⁶ Cour EDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, req. n°7525/76, série A n°45 ; *GACEDH*, n°48.

« victime potentielle » et dans laquelle la loi était certes devenue obsolète mais avait néanmoins déjà été mise en œuvre – la législation française n’a encore jamais été appliquée puisque la requête se voit portée devant le prétoire strasbourgeois le jour même de son entrée en vigueur. Face au dilemme moral soulevé par l’affaire, le juge européen va pourtant décider de déclarer la requête recevable alors même que la notion de victime potentielle est censée faire l’objet d’une application restrictive, conformément à la jurisprudence *Ligue des musulmans de suisse et autres contre Suisse* notamment, dans laquelle la Cour rappelle qu’elle n’admet une telle qualité de victime « *qu’à titre très exceptionnel* »¹¹²⁷ et dans des conditions bien particulières. Dans cette affaire, la Cour va d’ailleurs considérer que « *les requérants n’ont mis en avant aucun commencement d’application de l’interdiction constitutionnelle et n’ont allégué aucun effet concret* »¹¹²⁸ de la loi pour ainsi conclure à une irrecevabilité de la requête du fait de son incompatibilité *ratione personae*. L’affaire S.A.S. semble donc prendre le contre-pied de la jurisprudence *Ligue des musulmans de suisse et autres contre Suisse* puisque, malgré les conditions d’espèce, le juge européen déclare la requête recevable bien que semblable à une *actio popularis* et opère, par conséquent, un contrôle abstrait de la conventionnalité de la loi¹¹²⁹.

332. Sa démarche est ensuite critiquable lorsque la Cour vient contrôler au fond et remettre en cause des décisions constitutionnelles nationales.

Dans l’arrêt *Vogt contre Allemagne*¹¹³⁰ – alors même que le caractère subsidiaire du système conventionnel lui dicte une certaine retenue judiciaire – elle va jusqu’à porter une appréciation défavorable sur le principe de loyauté politique imposé aux fonctionnaires allemands et dont le manquement a entraîné, en l’espèce, la révocation de la requérante. Malgré la valeur constitutionnelle des dispositions en cause, la Cour considère que « *le caractère absolu de cette obligation telle que les juridictions allemandes l’ont interprétée est frappant* »¹¹³¹ et qu’« *aucun autre Etat membre du Conseil de l’Europe ne semble avoir imposé une obligation de loyauté de pareille rigueur* »¹¹³². Même si la Cour tente d’apaiser ce

¹¹²⁷ Cour EDH, déc., 28 juin 2011, *Ligue des musulmans de suisse et autres c. Suisse*, req. n°66274/09 ; JDI, 2012-3, p. 1085, chron. J. LEVIVIER.

¹¹²⁸ *Ibid.*

¹¹²⁹ Voir également Cour EDH, Gde ch., 4 décembre 2015, *Roman Zakharov c. Russie*, req. n°47143/06, §§ 178, 179 où la Cour reconnaît opérer un « *examen in abstracto de [la] législation* ».

¹¹³⁰ Cour EDH, Gde ch., 26 septembre 1995, *Vogt c. Allemagne*, req. n°17851/91, série A n°323 ; GACEDH, n°61 ; RTDH, 1996, n°27, pp. 405-432, comm. F. SUDRE.

¹¹³¹ *Ibid.*, § 59.

¹¹³² *Ibid.*

jugement de valeur en affirmant qu'« *il [ne lui] appartient toutefois pas d'apprécier le système en tant que tel* »¹¹³³, il est clair que cette affirmation initiale influera très certainement la Cour dans son appréciation de la révocation de Madame VOGT. Il ne sera donc pas étonnant qu'elle constate la violation de la liberté d'expression des fonctionnaires. Le Professeur Frédéric SUDRE écrit à ce sujet que « *le juge européen n'est [certainement] pas le mieux placé pour interpréter une disposition constitutionnelle nationale* »¹¹³⁴. Il souligne également qu'en l'espèce, l'Allemagne disposait d'une large marge d'appréciation justifiant que la Cour n'ait pas la possibilité de remettre en cause cette disposition constitutionnelle, d'autant que la Convention fait l'objet d'une incorporation variable dans les ordres juridiques internes et peut donc disposer dans certains Etats, d'une simple valeur infra-constitutionnelle. Jusqu'alors, elle n'avait exercé qu'un contrôle indirect des normes constitutionnelles, c'est pourquoi – selon l'auteur – il est clair qu'« *un pas est ici franchi dans la voie du contrôle abstrait* »¹¹³⁵ et que la Cour « *excède les limites de son contrôle* »¹¹³⁶.

D'une manière moins préjudiciable, la Cour procède parfois à une analyse abstraite du cadre juridique interne de l'Etat avant son contrôle concret des mesures prises à l'encontre du requérant. Ce fut notamment le cas dans une affaire *Guerdner et autres contre France* du 17 avril 2014¹¹³⁷ concernant l'usage de la force meurtrière par des agents militaires de la gendarmerie. La Cour va en effet procéder à un examen abstrait de la législation française en matière d'usage des armes à feu par les gendarmes ainsi que de la jurisprudence nationale afférente, pour conclure dans un premier temps que le cadre législatif n'est pas en soi contraire aux exigences découlant de la Convention¹¹³⁸.

333. En raison de la nature subsidiaire du système, la Cour européenne n'est pas une juridiction de troisième ou quatrième instance mais exerce un contrôle essentiellement casuistique. De ce fait, la Cour a refusé à maintes reprises d'élaborer des « théories générales » à l'exemple, entre autres, de l'examen du « *droit à un tribunal* »¹¹³⁹, de la

¹¹³³ *Ibid.*, § 60.

¹¹³⁴ F. SUDRE, « Fonction publique et Convention européenne des droits de l'homme. L'arrêt Vogt l'arrêt Vogt de la Cour européenne des droits de l'homme, ou l'art de l'illusionnisme juridique », *RTDH*, 1996, n°27, pp. 405-432, spéc. pp. 408-413.

¹¹³⁵ *Ibid.*

¹¹³⁶ *Ibid.*

¹¹³⁷ Cour EDH, 17 avril 2014, *Guerdner et autres c. France*, req. n°68780/10 ; *JCP G.*, 2014, n°28, doct. 832, chron. F. SUDRE ; *JCP G.*, 2014, n°19, 562, obs. B. PASTRE-BELDA.

¹¹³⁸ *Ibid.*, §§ 66 à 69.

¹¹³⁹ Cour EDH, 27 février 1980, *Deweert c. Belgique*, req. n°6903/75, § 49 ; *JDI*, 1982, p. 197, obs. P. ROLAND.

définition de la notion de défendable¹¹⁴⁰ ou de la découverte des obligations positives¹¹⁴¹... ce qui ne veut toutefois pas dire que sa jurisprudence ne procède à aucune généralisation ou contrôle ponctuellement abstrait des mesures invoquées.

*
* *

334. En tant que principe avant tout protecteur des souverainetés étatiques, la subsidiarité suppose de veiller au respect des diversités nationales et, par là-même, de sauvegarder le pluralisme entre Etats. Ce pluralisme, qui vise à protéger les particularismes aussi bien nationaux que locaux, s'exprime grâce à la reconnaissance d'une marge nationale d'appréciation, véritable « *traduction de la diversité des cultures européennes* »¹¹⁴². Parce que cette marge peut, elle-même, varier en fonction de différents paramètres, elle fait réciproquement fluctuer le degré de pluralisme protégé, qui se dévoile alors – au même titre que la subsidiarité – comme un principe tout aussi bien d'unité que de diversité. En raison de ce pluralisme à protéger et du caractère subsidiaire du système, le juge européen doit faire preuve d'une certaine retenue dans l'exercice de son contrôle. En effet, la Cour ne peut apprécier les éléments de fait ou de preuve qui lui sont soumis, ni interpréter elle-même le droit national en vigueur. Plus globalement, « *la Cour de Strasbourg ne peut pas se substituer à l'appréciation des juridictions internes, [...] le rôle de la Cour étant de se prononcer sur la compatibilité de l'action étatique avec les obligations internationales souscrites* »¹¹⁴³. En découle une exigence d'appréciation casuistique des affaires soumises, le juge européen devant se limiter à l'exercice d'un contrôle concret et non abstrait des cas de violations potentielles. Si la jurisprudence européenne reste pour l'essentiel casuistique, les exemples de contrôle *in abstracto* illustrent, toutefois, les dérives possibles. Un tel contrôle peut éventuellement s'expliquer au regard de la volonté du juge européen de renforcer sa démarche d'harmonisation des droits nationaux.

¹¹⁴⁰ Cour EDH, 27 avril 1988, *Boyle et Rice c. Royaume-Uni*, req. n°9659/82 et al., série A n°131, § 55.

¹¹⁴¹ Cour EDH, 21 juin 1988, *Plattform « Ärzte Für Das Leben » c. Autriche*, req. n°10126/82, série A n°139, § 31.

¹¹⁴² J-M. SAUVE, Intervention devant le Conseil d'Etat, lors de la conférence sur *Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme*, Paris, le 19 avril 2010.

¹¹⁴³ A. UBEDA DE TORRES, « Un dialogue sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme », in E. BRIBOSIA, L. SCHEECK et A. UBEDA DE TORRES (dir.), *L'Europe des cours, loyautés et résistances*, Bruylant, 2010, p. 198.

SECTION 2 : UN VECTEUR D'HARMONISATION DES DROITS NATIONAUX

335. Le principe de subsidiarité est un principe ambivalent, à multiples facettes, qui induit des exigences contradictoires¹¹⁴⁴. Si ce principe commande à la Cour un rôle secondaire et complémentaire, lui dictant une nécessaire retenue afin de respecter l'autonomie et la diversité nationale, cette liberté ne peut logiquement pas être illimitée, sous peine de réduire à néant la vocation du système conventionnel : celle d'offrir une protection commune des droits de l'homme en Europe. Le principe de subsidiarité, dans sa dimension positive, va donc également justifier l'intervention de l'autorité supérieure – ici, le juge européen – au soutien de l'entité inférieure – ici, les Etats membres – dans le but de garantir une protection effective des droits de l'homme en Europe. En ce sens, la Convention européenne institue un système juridique – non d'uniformisation des droits puisque respectueuse de la souveraineté et liberté des Etats mais d'harmonisation des droits¹¹⁴⁵ – veillant à la compatibilité des mesures nationales avec les droits conventionnellement garantis. En effet, « *l'objectif de la Convention est de rassembler les Etats autour du patrimoine commun inhérent à toute société démocratique tout en respectant l'identité et les traditions juridiques, culturelles, des Etats membres. La Convention est donc un instrument d'harmonisation qui repose sur le principe de subsidiarité* »¹¹⁴⁶. Par « harmonisation », est identifiée une méthode visant à rapprocher des systèmes différents sans toutefois chercher à les unifier. L'objectif d'harmonisation apparaît donc comme une alternative à l'unification¹¹⁴⁷, comme un « *processus spécifique qui inclut l'objectif d'intégration mais se limite à une intégration imparfaite dont la clé est la préservation de marges nationales* »¹¹⁴⁸.

336. Cette méthode apparaît aujourd'hui indispensable, tout particulièrement dans le cadre de l'espace européen, où le droit a subi une mutation du fait de la superposition des sources et normes, de la surabondance des institutions et juges. La société européenne (et

¹¹⁴⁴ Voir *infra*, Introduction, §. 1, A, 1.

¹¹⁴⁵ Note du juriste de la Cour européenne, sur le « Principe de subsidiarité », dans le cadre du *Suivi d'Interlaken*, 8 juillet 2012, p. 2, disponible sur : http://www.echr.coe.int/Documents/2010_Interlaken_Follow-up_FRA.pdf

¹¹⁴⁶ L. MILANO, « Convention européenne des droits de l'homme, pluralisme et garanties procédurales », in M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruylant, 2010, p. 335.

¹¹⁴⁷ L'idée d'unification vise, à l'inverse, à gommer toutes les spécificités et imposer une approche unique et uniforme.

¹¹⁴⁸ M. DELMAS-MARTY, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *Dalloz*, 2006, n°14, p. 954.

mondiale plus largement) évolue donc vers l'instauration de systèmes toujours plus nombreux et complexes, qui pour être combinés, doivent nécessairement être harmonisés¹¹⁴⁹. En effet, « *dès lors que se développe un droit supraétatique que l'on souhaiterait conçu autrement que par l'extension d'un système de l'Etat le plus puissant [...] il faut repérer les différences et trouver une grammaire commune qui permette une mise en compatibilité* »¹¹⁵⁰. Or, le processus d'harmonisation, parce qu'il impose un socle commun de principes fondateurs tout en admettant les différences, permet la conciliation des normes et l'évitement de conflits irrésolubles.

337. Par conséquent, si la Cour se doit de respecter les diversités nationales et de sauvegarder le pluralisme, il n'en reste pas moins que le juge européen a également pour devoir de garantir aux justiciables une protection minimale commune. La subsidiarité commande donc au juge de maintenir une approche harmonisée des droits conventionnels et au-delà, de contribuer au développement d'un « *droit commun pluraliste* »¹¹⁵¹ des droits de l'homme (§. 1). L'intervention du juge ne pourra donc être légitime que si elle s'appuie sur le « *patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques* »¹¹⁵² des Etats européens, dont la traduction pratique se retrouve dans la recherche d'un dénominateur commun aux Etats membres. L'interprétation consensuelle apparaît alors comme *La* technique jurisprudentielle d'harmonisation des droits (§. 2).

§1- L'élaboration d'un « droit commun pluraliste » des droits de l'homme

338. Harmoniser des systèmes suppose la poursuite d'une finalité commune, l'existence de « *quelque chose en commun, une commune mesure* »¹¹⁵³. En l'espèce, la volonté d'harmonisation des systèmes nationaux s'inscrit dans la perspective d'une garantie, pour l'ensemble des justiciables européens, de droits communs et, en ce sens, contribue au développement d'un droit commun des droits de l'homme. A ce titre, précisons que la notion

¹¹⁴⁹ Voir, en ce sens, l'avant-propos de M. DELMAS-MARTY, *Le relatif et l'universel, Les forces imaginantes du droit*, Édition du Seuil, coll. La couleur des idées, 2004.

¹¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 15.

¹¹⁵¹ M. DELMAS-MARTY et M-L. IZORCHE, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *RIDC*, 2000, p. 779.

¹¹⁵² Préambule de la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950.

¹¹⁵³ M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, Édition du Seuil, 2006, p. 70.

peut endosser différentes significations¹¹⁵⁴. En droit français par exemple, l'expression contemporaine de « droit commun » désigne « *les règles d'applications générales [...] ou, en procédure, les juridictions qui ont vocation à juger de toutes sortes d'affaires* »¹¹⁵⁵. En l'espèce, elle représentera davantage « *un instrument d'harmonisation, sinon d'unification, des droits européens* »¹¹⁵⁶ via l'établissement d'un socle de principes communs à l'ensemble des Etats sans place pour les règles spéciales et exceptionnelles. Cette exigence de standard commun – pouvant laisser présager de l'élaboration progressive d'un droit commun – se verra néanmoins limitée dans la mesure où le système intègre la diversité nationale et sauvegarde le pluralisme, d'où l'idée d'un « droit commun » malgré tout « pluraliste ». Dans l'optique d'une préservation des marges tout en imposant l'application de principes communs¹¹⁵⁷, seul un pluralisme *ordonné* pourra donc être admis. En effet, « *le pluralisme juridique est une richesse à la [seule] condition d'être ordonné* »¹¹⁵⁸. Le respect d'un « *pluralisme ordonné* »¹¹⁵⁹ – parce qu'il admet la diversité sans renoncer à un droit commun – apparaît donc comme une condition incontournable à l'harmonisation effective des droits nationaux. Par conséquent, si l'objectif d'établissement d'un standard commun de protection des droits – et donc d'un droit commun des droits de l'homme – se dessine comme une exigence conventionnelle majeure découlant de la lettre du texte (A), cette exigence se voit néanmoins tempérée par l'obligation de respect d'un pluralisme devant être, par conséquent, ordonné (B).

A- Une exigence majeure découlant de la lettre du texte

339. La lettre de la Convention, et plus spécifiquement de son préambule, encourage la définition d'un standard commun de protection des droits (1) qui se dessine par ailleurs, non pas comme un standard figé et immuable, mais bien comme un standard évolutif. En effet, il ne faut pas oublier que l'ordre juridique européen tend vers la recherche « *d'une union*

¹¹⁵⁴ Voir J.-L. THIREAU, « Droit commun », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, coll. Quadrige, 2003, p. 445 et suiv.

¹¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 445.

¹¹⁵⁶ *Ibid.*

¹¹⁵⁷ M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, op. cit., p. 71.

¹¹⁵⁸ Voir les conclusions du Commissaire du gouvernement, Mathias GUYOMAR, concernant l'arrêt CE, sect., 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux et a., Conseil des barreaux européens*, req. n°296845 et n°296907.

¹¹⁵⁹ Expression et opinion empruntées à Mirelle DELMAS-MARTY (voir notamment *Le pluralisme ordonné*, Édition du Seuil, 2006).

plus étroite entre ses membres », objectif qui se dégage directement du préambule¹¹⁶⁰. A la lecture de l'article 53 de la Convention, ce standard apparaît également comme un seuil minimum de protection, le traité international ne devant nullement être interprété comme imposant un niveau maximum de protection des droits, les Etats restant bien au contraire libres d'offrir une protection accrue de ceux-ci (2).

1- La définition d'un standard commun de protection des droits de l'homme

340. *Un standard européen commun* - Si aucun article de la Convention européenne ne prévoit expressément la définition d'un standard commun de protection des droits, cette exigence ressort, cependant, de son préambule. En effet, est affirmé à plusieurs reprises, l'engagement des Etats dans la protection de droits fondamentaux communs. Ainsi, les Gouvernements signataires réaffirment « *leur profond attachement* »¹¹⁶¹ à l'ensemble des valeurs fondamentales telles que la Justice, la Paix, la Liberté ou encore la Prééminence du droit dont le maintien repose essentiellement sur « *une conception commune et un commun respect des droits de l'homme* »¹¹⁶², qui plus est, « *dont [les Etats signataires] se réclament* »¹¹⁶³ eux-mêmes. Par ce traité, ils s'engagent donc à garantir et promouvoir un commun respect des droits de l'homme, d'autant plus partagé que les Etats européens reconnaissent déjà posséder « *un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques* »¹¹⁶⁴. Transparaît donc du préambule de la Convention, la volonté de favoriser un rapprochement des différents Etats autour de valeurs et principes communs et, en ce sens, de favoriser une union sans cesse plus étroite entre les Etats membres. La Cour européenne confirme notamment cette lecture dans ses décisions d'irrecevabilité Fernandez et Caballero Garcia contre Espagne¹¹⁶⁵, Spampinato contre Italie¹¹⁶⁶ et plus récemment dans son arrêt Konstantin Markin contre Russie¹¹⁶⁷ où elle a directement recours à la notion de « *standard commun* ».

¹¹⁶⁰ Voir, en ce sens, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme », *RAE*, 1998, n°1-2, p. 30.

¹¹⁶¹ Préambule de la Convention européenne des droits de l'homme, § 4.

¹¹⁶² *Ibid.*

¹¹⁶³ *Ibid.*

¹¹⁶⁴ *Ibid.*, § 5.

¹¹⁶⁵ Cour EDH, déc., 14 juin 2001, *Alujer Fernandez et Caballero Garcia c. Espagne*, req. n°53072/99, Rec. 2001-VI.

¹¹⁶⁶ Cour EDH, déc., 29 mars 2007, *Spampinato c. Italie*, req. n°23123/04.

¹¹⁶⁷ Cour EDH, 7 octobre 2010, *Konstantin Markin c. Russie*, req. n°30078/06, § 49 (arrêt de Gde ch., le 22 mars 2012).

341. Si l'existence d'un standard européen commun suppose l'instauration d'un modèle de la protection des droits de l'homme, il est toutefois délicat de définir le contenu même de ce standard. En effet, par « standard européen », la jurisprudence de la Cour semble se référer à ce qui est acceptable dans une société démocratique¹¹⁶⁸. Mais la notion de société démocratique étant elle aussi floue et incertaine, le contenu de ce standard reste particulièrement évanescent. Le standard européen commun engloberait donc des droits particulièrement fondamentaux, des « *droits constitutifs de la société démocratique européenne* »¹¹⁶⁹, tel que le principe de l'intégrité physique et morale, de la prééminence du droit ou encore du pluralisme qui sont, en quelque sorte, le noyau dur, l'épicentre de la société démocratique telle que définie par la Cour de Strasbourg. Par conséquent, le standard européen n'est autre qu'un modèle de valeurs propres à toute société démocratique et sera utilisé par le juge européen comme critère implicite (puisqu'il n'est expressément cité par la Cour) de la conventionnalité des comportements étatiques¹¹⁷⁰.

342. Il a donc pu être étonnant de voir la Cour pratiquer parfois un double standard, notamment dans le cadre de la protection par ricochet des étrangers. En effet, jusqu'à son arrêt *Boultif contre Suisse*¹¹⁷¹ où elle énonce des critères communs de protection, la Cour opère une distinction dans son contrôle entre les immigrés dits de seconde génération, nés ou arrivés dès leur plus jeune âge sur le territoire, et les immigrés « ordinaires » bénéficiant d'une protection moindre. Si désormais elle ne semble plus opérer de « catégorisation » en fonction de la durée de séjour de l'étranger, une dualité de standard se dessine à présent en faveur des ressortissants communautaires¹¹⁷². Une même approche a pu, également, être constatée dans le cadre d'affaires impliquant des pays nouvellement démocratiques et dans lesquelles la Cour de Strasbourg semblait porter une attention toute particulière au contexte historique difficile, à

¹¹⁶⁸ F. JACQUEMOT, *Le standard européen de société démocratique*, Faculté de droit de Montpellier, coll. Thèses, t. 4, 2006, p. 18. L'auteur explique que « la prescription du standard [...] oppose bien un modèle de conduite [...] aux Etats contractants [...] et repose sur un concept indéterminé (la société démocratique) ».

¹¹⁶⁹ F. SUDRE, « Libertés fondamentales, société démocratique et diversité nationale dans la Convention européenne des droits de l'homme » in A.-M. LE POURHIET (dir.), *Droit constitutionnel local : égalité et liberté locale dans la Constitution*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999, pp. 384 et 385.

¹¹⁷⁰ Voir, en ce sens, F. JACQUEMOT, *Le standard européen de société démocratique*, Faculté de droit de Montpellier, coll. Thèses, t. 4, 2006.

¹¹⁷¹ Cour EDH, 2 août 2001, *Boultif c. Suisse*, req. n°54273/00, Rec. 2001-IX, § 48 ; *JCP G.*, 2002, n°3, pp. 128-132, chron. F. SUDRE.

¹¹⁷² Voir, dans ce sens, Cour EDH, 17 janvier 2006, *Aristimuno Mendizabal c. France*, req. n°51431/99, § 67 ; *JCP G.*, 2006, n°31, pp. 1587-1592, chron. F. SUDRE. En l'espèce, la Cour constate que, du fait de sa qualité de ressortissante communautaire, la requérante « tire directement du droit communautaire » un droit de séjourner dans l'Etat membre d'accueil et ce, contrairement aux étrangers non communautaires qui ne peuvent bénéficier d'un tel droit puisque non garanti au titre de l'article 8 de la Convention.

l'exemple des arrêts *Rekvenyi* contre Hongrie¹¹⁷³, *Zdanoka* contre Lettonie¹¹⁷⁴ ou encore *Jahn* et autres contre Allemagne¹¹⁷⁵. Ce contexte historique apparaissait alors comme un argument de poids, justifiant des atteintes *a priori* disproportionnées à l'aune de sa jurisprudence antérieure. Cette tendance à privilégier un standard différent selon le pays ne semble toutefois plus d'actualité¹¹⁷⁶, le juge européen tendant désormais à harmoniser ses exigences et, donc, le standard européen qui se doit d'être commun – bien qu'évolutif – à l'ensemble des Etats membres et justiciables européens.

343. ***Un standard européen évolutif*** - Ce standard européen commun n'est toutefois pas un modèle de protection figé mais évolutif, puisque son but est principalement de permettre « à l'interprète de la Convention d'adapter ses commandements aux mutations de la société européenne »¹¹⁷⁷. En effet, le préambule de la Convention indique que les Etats signataires s'engagent à « réaliser une union plus étroite »¹¹⁷⁸ entre les membres de la Convention et que l'un des moyens pour atteindre ce but est de sans cesse favoriser « le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales »¹¹⁷⁹. La Cour n'aura ainsi de cesse de se référer à cette exigence de développement pour justifier son interprétation évolutive de la lettre du texte, dégagée depuis son très célèbre arrêt *Tyrer* contre Royaume-Uni du 25 avril 1978¹¹⁸⁰. La Convention apparaît donc comme un « instrument vivant » devant suivre l'évolution des mœurs et des sociétés et offrir une protection toujours plus élevée des droits proclamés. Dans son arrêt *Selmouni* contre France du 28 juillet 1999 – exemple classique mais symptomatique de l'évolution de ce standard – la Cour européenne a considéré qu'en raison d'un « niveau d'exigence croissant en matière de protection des droits

¹¹⁷³ Cour EDH, Gde ch., 20 mai 1999, *Rekvenyi c. Roumanie*, req. n°25390/94, Rec. 1999-III ; *JDI*, 2009, n°3, pp. 1055-1057, chron. E. DECAUX.

¹¹⁷⁴ Cour EDH, Gde ch., 16 mars 2006, *Zdanoka c. Lettonie*, req. n°58278/00, Rec. 2006-IV ; *GACEDH*, n°65 ; *RTDH*, 2008, n°73, pp. 195-222, comm. F. JACQUEMOT.

¹¹⁷⁵ Cour EDH, Gde ch., 30 juin 2005, *Jahn et autres. c. Allemagne*, req. n°46720/99 et al., Rec. 2005-VI ; *JDI*, 2006, n°3, pp. 1162-1165, comm. D. LEMETAYER.

¹¹⁷⁶ Voir, notamment, Cour EDH, Gde ch., 22 décembre 2009, *Sejdic et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, req. n°27996/06 et al. ; *JDI*, 2010, n°3, pp. 1036-1038, chron. E. DECAUX et P. TAVERNIER ; Cour EDH, 12 octobre 2010, *Maria Atanasiu et autres c. Roumanie*, req. n°30767/05 et al. ; *JDI*, 2011, n°4, pp. 1373-1378, note E. DECAUX. Voir, également, J-F. FLAUSS, « L'histoire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *RTDH*, 2006, n°65, p. 5-22.

¹¹⁷⁷ F. JACQUEMOT, *Le standard européen de société démocratique*, Faculté de droit de Montpellier, coll. Thèses, t. 4, 2006, p. 20.

¹¹⁷⁸ Préambule de la Convention européenne des droits de l'homme, § 3.

¹¹⁷⁹ *Ibid.*

¹¹⁸⁰ Cour EDH, 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, req. n°5856/72, § 31 ; *AFDI*, 1978, pp. 400-402, comm. R. PELLOUX et, plus récemment, Cour EDH, Gde ch., 16 décembre 2010, *A, B et C c. Irlande*, req. n°25579/05, § 234 ; *JCP G.*, 2011, n°3, 58, obs. M. LEVINET ; *JCP G.*, 2011, n°4, doct. 94, chron. F. SUDRE.

de l'homme et des libertés fondamentales »¹¹⁸¹, des traitements autrefois considérés comme inhumains ou dégradants pouvaient être désormais qualifiés de torture. Plus récemment, dans l'affaire Konstantin Markin contre Russie du 22 mars 2012, elle prend acte de l'évolution du droit au congé parental dans les sociétés européennes – la Cour ne pouvant « *faire abstraction d'idées qui ne cessent de se répandre et d'évoluer, ni des changements juridiques qu'elles entraînent dans le droit interne des Etats contractants* »¹¹⁸² – pour constater que l'exclusion des militaires de sexe masculin du droit au congé parental entraîne désormais une violation de l'article 14 combiné à 8. Le caractère évolutif de ce standard européen commun est également confirmé par l'adoption de protocoles additionnels à la Convention. En effet, ceux-ci contribuent à la définition d'un patrimoine commun toujours plus protecteur et fourni en termes de garanties puisque, « *dès qu'un protocole additionnel lie un Etat contractant, les garanties qu'il prévoit ne relèvent plus de l'initiative ou du bon vouloir de celui-ci, mais font partie du tronc commun obligatoire* »¹¹⁸³. Par conséquent, le juge strasbourgeois encourage fermement – et selon ses propres mots – « *une évolution incessante des libertés publiques* »¹¹⁸⁴. Résulte des mutations potentiellement permanentes de la société démocratique, un réel indéterminisme du contenu de ce standard et donc une insécurité juridique de nature principalement temporelle¹¹⁸⁵.

344. Par ailleurs, si la Convention impose aux Etats de respecter un standard commun de protection, celui-ci se dessine comme un standard seulement *minimum*, ce qui confirme une nouvelle fois l'approche évolutive de la Cour qui interdit tout recul dans la protection des droits fondamentaux et encourage seulement leur développement.

2- La définition d'un standard minimum de protection des droits de l'homme

345. « *Rien dans la Convention ne sera interprété comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales [...] reconnus conformément aux lois de*

¹¹⁸¹ Cour EDH, Gde ch., 28 juillet 1999, *Selmouni c. France*, req. n°25803/94, Rec. 1999-V, § 101 ; *GACEDH*, n°14 ; *RGDIP*, 2000, n°1, pp. 181-203, comm. G. COHEN-JONATHAN.

¹¹⁸² Cour EDH, Gde ch., 22 mars 2012, *Konstantin Markin c. Russie*, req. n°30078/06, § 140 ; *JCP G.*, 2012, n°35, pp. 1531-1537, chron. F. SUDRE.

¹¹⁸³ J. CALLEWAERT, « La subsidiarité dans l'Europe des droits de l'homme : la dimension substantielle », in M. VERDUSSEN (dir.), *L'Europe de la subsidiarité*, Bruylant, 2000, p. 21.

¹¹⁸⁴ Cour EDH, Gde ch., 13 février 2003, *Refah Partisi (Parti de la Prosperité) et autres c. Turquie*, req. n°41340/98 et al., § 123 ; *GACEDH*, n°57 ; *JCP G.*, 2003, n°37, I 160, chron. F. SUDRE.

¹¹⁸⁵ F. JACQUEMOT, *Le standard européen de société démocratique*, Faculté de droit de Montpellier, coll. Thèses, t. 4, 2006, p. 20.

toute Partie contractante. La Convention protège donc le droit de ses parties à établir des standards supérieurs à ceux garantis par elle »¹¹⁸⁶. Telle est en substance la portée de l'article 53 de la Convention¹¹⁸⁷. En effet, par cette disposition, la Convention vise, d'une part, à ne pas diminuer le niveau national de protection des droits fondamentaux et encourage les Etats, d'autre part, à développer une protection au moins égale au seuil minimum établi par les garanties conventionnelles. Comme l'explique très clairement la Cour, « la Convention vient [donc] renforcer, conformément au principe de subsidiarité, la protection qui en est offerte au niveau national, sans jamais lui imposer de limites »¹¹⁸⁸ et laisse les Etats libres d'aller au-delà des obligations découlant de la Convention. Cette clause de sauvegarde vise donc, *in fine*, à assurer la protection la plus favorable au justiciable puisque le traité des droits de l'homme ne doit en aucun cas être une excuse à l'amoindrissement de la protection nationale. La seule limite posée par la Convention consiste en l'interdiction d'une protection plus élevée si celle-ci entraîne une violation d'un autre droit garanti, l'hypothèse étant tout à fait plausible du fait de la complexification des affaires et du risque désormais courant de conflit de droits¹¹⁸⁹.

346. Cette clause de sauvegarde se retrouve classiquement dans différents instruments internationaux de protection des droits de l'homme¹¹⁹⁰, notamment à l'article 53 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹¹⁹¹. Cet article reprend, en effet, l'essence de

¹¹⁸⁶ G. LUBBE-WOLFF, « Comment la Cour européenne des droits de l'homme peut-elle renforcer le rôle des juridictions nationales dans le système de la Convention ? », in *Séminaire Dialogue entre juges, « Comment assurer une plus grande implication des juridictions nationales dans le système de la Convention ? »*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2012, p. 15.

¹¹⁸⁷ L'article 53 de la Convention européenne des droits de l'homme prévoit qu'« aucune des dispositions de la présente Convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie contractante ou à toute autre Convention à laquelle cette Partie contractante est partie ».

¹¹⁸⁸ Cour EDH, Gde ch., 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, req. n°19392/92, Rec. 1998-I, § 28 ; *GACEDH*, n°6 ; *RTDH*, 1999, n°38, pp. 301-350, comm. B. DUARTE ; *JDI*, 1999, n°1, pp. 213-215, note S. WOHLFAHRT.

¹¹⁸⁹ Voir, à ce sujet, P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, 2011 ; F. SUDRE (dir.), *Les conflits de droits dans la jurisprudence de la CEDH*, Anthémis, Coll. Droit et Justice, 2014.

¹¹⁹⁰ Voir, par exemple, les articles 5 § 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ainsi que du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966 qui stipulent qu'« il ne peut être admis aucune restriction ou dérogation aux droits fondamentaux de l'homme reconnus ou en vigueur dans tout Etat partie au présent Pacte en application de lois, de conventions, de règlements ou de coutumes, sous prétexte que le présent Pacte ne les reconnaît pas ou les reconnaît à un moindre degré » ; l'article 41 de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 qui stipule qu'« aucune des dispositions de la présente Convention ne porte atteinte aux dispositions plus propices à la réalisation des droits de l'enfant qui peuvent figurer dans la législation d'un Etat partie ou dans le droit international en vigueur pour cet état ».

¹¹⁹¹ L'article 53 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 stipule qu'« aucune disposition de la présente Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, la Communauté

la disposition conventionnelle et prévoit que la Charte ne peut se lire comme limitant la protection des droits fondamentaux dans le cadre de l'Union européenne, du fait des autres conventions internationales auxquelles les Etats sont également parties, notamment de la Convention européenne. Cette clause dite de « non recul » insiste donc sur la nécessité de poursuivre un niveau de protection toujours plus élevé et laisse sous-entendre que la Convention pourrait – en certaines hypothèses – être plus protectrice que la Charte.

347. S'il peut être légitime d'imaginer que la majorité des Etats parties à la Convention aura tendance à limiter leurs législations protectrices des droits fondamentaux – du fait de leur caractère contraignant notamment – il est important de souligner que les Etats offrent parfois une protection des droits allant au-delà des standards européens. C'est notamment le cas de la France s'agissant de la protection des étrangers malades. En effet, l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France¹¹⁹² – telle que modifiée par la loi de 1998¹¹⁹³ – prévoit dans son article 25 qu'un étranger malade résidant régulièrement en France ne peut faire l'objet d'un arrêté d'expulsion, si son état de santé nécessite une prise en charge dont il ne pourra bénéficier dans son pays de renvoi et dont le défaut pourrait entraîner des conséquences d'une exceptionnelle gravité. Or, la Cour, lorsqu'elle protège indirectement les étrangers sur le fondement de l'article 3 de la Convention, considère désormais que la réduction de l'espérance de vie du fait de l'absence de soins adéquats dans le pays de renvoi ne peut être interprétée comme imposant une obligation positive à charge de l'Etat d'accueil de fournir « *des soins de santé gratuits et illimités* »¹¹⁹⁴. Le juge européen – malgré une approche protectrice dans un premier temps¹¹⁹⁵ – a donc considéré que ce type d'expulsion n'emportait plus la violation de l'article 3. Par ce durcissement de la jurisprudence, la Cour semble rendre l'article 3 quasi-inapplicable aux cas où les risques pesant sur l'étranger résultent de facteurs objectifs, indépendants des autorités

ou tous les Etats membres, notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les constitutions des Etats membres ».

¹¹⁹² Ordonnance n°45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.

¹¹⁹³ Loi n°98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile (1).

¹¹⁹⁴ Cour EDH, Gde ch., 27 mai 2008, *N. c. Royaume-Uni*, req. n°26565/05, Rec. 2008, § 44 ; *JDI*, 2009, n°3, pp. 1031-1033, note E. DECAUX et P. TAVERNIER.

¹¹⁹⁵ Cour EDH, 2 mai 1997, *D. c. Royaume-Uni*, req. n°30240/96, Rec. 1997-III ; *JCP G.*, 1998, I-107, chron. F. SUDRE.

ou du droit interne de l'Etat de renvoi. Un même constat peut également s'imposer quant aux exigences relatives au droit à un procès équitable¹¹⁹⁶.

348. Par conséquent, la Convention européenne ne doit pas être perçue comme un tout exhaustif et limitatif mais bien comme un socle minimum de droits appelant des développements ultérieurs. En effet, « *le but de ce système est, non pas de créer des normes uniformes de protection des droits de l'homme partout en Europe, mais d'intervenir lorsque les standards minimums n'auront pas été atteints* »¹¹⁹⁷, d'où son caractère subsidiaire¹¹⁹⁸. Cette subsidiarité semble toutefois particulièrement « élastique » dans la mesure où, ce qu'elle laisse à la discrétion des Etats varie en fonction des légiférations nationales et avancées jurisprudentielles européennes¹¹⁹⁹. En tout état de cause, l'exigence d'établissement d'un standard à la fois commun et minimum ne conduit pas le système européen vers le développement d'un droit commun des droits de l'homme. Il le conduit vers l'élaboration d'un droit commun pluraliste des droits de l'homme, l'exigence de standard européen commun se voyant tempérée par celle d'un respect du pluralisme qui, pour ménager l'objectif d'harmonisation des droits nationaux, se doit d'être un pluralisme nécessairement ordonné.

B- Une exigence tempérée par le respect d'un pluralisme nécessairement « ordonné »¹²⁰⁰

349. Préconiser l'établissement d'un droit commun sans place pour le pluralisme serait extrêmement pernicieux. Il conduirait, en effet, à « *l'avènement d'un droit unique [et constituerait ainsi] une façon de camoufler l'hégémonie d'un système sur les autres, c'est-à-*

¹¹⁹⁶ Le Conseil d'Etat, dans son arrêt Parent (CE, 27 octobre 2006, *M. Parent et autres*, req. n°276069, Rec. p. 454) impose une application quasi-intégrale des garanties de l'article 6 aux procédures de sanction, prononcées par l'autorité des marchés financiers, concernant notamment les droits de la défense et ce, alors même que la Cour européenne, quelques mois plus tard, affirme dans son arrêt Jussila (Cour EDH, Gde ch., 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlande*, req. n°73053/01, Rec. 2006 XIV ; *GACEDH*, n°26) que les garanties du procès équitable peuvent être modulables et peuvent donc être appliquées avec plus de souplesse.

¹¹⁹⁷ G. LUBBE-WOLFF, « Comment la Cour européenne des droits de l'homme peut-elle renforcer le rôle des juridictions nationales dans le système de la Convention ? », in *Séminaire Dialogue entre juges, « Comment assurer une plus grande implication des juridictions nationales dans le système de la Convention ? »*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2012, p. 15.

¹¹⁹⁸ Pour plus de détails sur le lien entre l'article 53 de la Convention et la subsidiarité substantielle, voir *infra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, section 2, §1, A, 2.

¹¹⁹⁹ J. CALLEWAERT, « La subsidiarité dans l'Europe des droits de l'homme : la dimension substantielle », in M. VERDUSSEN (dir.), *L'Europe de la subsidiarité*, Bruylant, 2000, p. 21.

¹²⁰⁰ Expression et opinion empruntées à Mirelle DELMAS-MARTY (voir, notamment, *Le pluralisme ordonné*, Édition du Seuil, 2006).

dire un impérialisme »¹²⁰¹. L'idéal de pluralisme ordonné, parce qu'il permet de trouver un point d'équilibre entre un universalisme trop strict et un relativisme trop souple¹²⁰² apparaît donc comme la solution à ce conflit de conceptions.

350. Notons, à titre préliminaire, qu'accepter le pluralisme et la diversité nationale dans un domaine tel que celui des droits fondamentaux, conduit indirectement à s'interroger sur la question d'un universalisme ou d'un relativisme des droits de l'homme¹²⁰³. En effet, admettre le pluralisme semble à première vue s'opposer à une conception universelle des droits de l'homme puisque contrariant l'idée première d'un panel de droits identiques pour tout homme, en tout temps et tout lieu. Particularisme et universalisme, pluralisme et droit commun apparaissent donc comme deux conceptions excessives intenables devant être conciliées au travers d'une approche intermédiaire¹²⁰⁴, plus souple et réaliste. Selon les Professeurs Mireille DELMAS-MARTY¹²⁰⁵ et Gérard COHEN-JONATHAN¹²⁰⁶, seule l'acceptation des différences pourra viabiliser l'universalisation des droits de l'homme puisque « *chaque homme n'accède à l'humanité que par la médiation d'une culture particulière* »¹²⁰⁷. Dans cette optique, l'universalisme des droits de l'homme n'impose pas l'uniformité des droits nationaux mais doit, au contraire, se concilier avec le pluralisme du monde actuel. Là encore, un juste équilibre devra être recherché entre d'une part, un universalisme trop rigide qui mènerait à l'application d'un strict droit commun entendu au sens d'un modèle unique hégémonique et d'autre part, un relativisme excessif qui laisserait les particularismes se dresser les uns contre les autres. Afin de concilier singularité et similarité, pluralisme et droit commun, il conviendra donc de parvenir à une harmonisation des différents systèmes nationaux. Dès lors, l'idée d'un droit commun des droits de l'homme apparaît conciliable avec le respect d'un certain degré de pluralisme.

¹²⁰¹ M. DELMAS-MARTY, *Vers un droit commun de l'humanité*, Édition textuel, 1996, p. 60.

¹²⁰² M. DELMAS-MARTY, « L'universalité des droits de l'Homme », *extrait de sa contribution au 60^{ème} anniversaire de la DUDH le 10 décembre 2008, Les Carnets du Temps*, n°54, 2008.

¹²⁰³ Pour approfondir le sujet, voir, par exemple, J-B. MARIE, « De l'universalité des principes à l'universalisation des pratiques des droits de l'homme », in *Mélanges HELMONS*, Bruylant 2004, p. 219 et suiv. ; J. MOURGEON, « L'universalité des droits de l'homme entre foi et droit », in *Libertés, justice et tolérance, Mélanges Cohen-Jonathan*, Bruylant 2004, p. 1265 et suiv. ; P. TAVERNIER, « L'ONU et l'affirmation de l'Universalité des droits de l'homme », *RTDH*, 1997, p. 379 et suiv.

¹²⁰⁴ G. VANNIER, « De l'universalité et de la particularité des droits de l'homme », in H. PALLARD (dir.), *Droits fondamentaux et spécificités culturelles*, L'harmattan, 2000, pp. 119-140.

¹²⁰⁵ Voir, notamment, DELMAS-MARTY, « L'universalité des droits de l'Homme », *op. cit.*

¹²⁰⁶ G. COHEN-JONATHAN, « Universalité et Singularité des Droits de l'Homme », *RTDH*, 2003, n°53, p. 3 et suiv.

¹²⁰⁷ P-H. IMBERT, « L'apparente simplicité des droits de l'homme : réflexions sur les différents aspects de l'universalité des droits de l'homme », *RUDH*, 1989, p. 24.

351. Cette entremise semble en pratique possible grâce à la technique de la marge nationale d'appréciation dans la mesure où elle « *ne ménage pas seulement les susceptibilités nationales [mais] maintient les spécificités, qui sont sans doute la richesse du patrimoine européen commun, tout en permettant aux instances européennes d'étendre leur contrôle à des données particulièrement sensibles* »¹²⁰⁸. C'est donc cette technique – véritable « *clef du pluralisme ordonné* »¹²⁰⁹ – qui permettra de « *conjuguer l'universalisme des droits de l'homme avec le relativisme des traditions nationales* »¹²¹⁰. Si cette marge est un moyen de protéger le pluralisme et la diversité nationale, dès lors qu'elle concède à l'Etat une liberté dans l'application de la Convention en droit interne¹²¹¹, elle est donc aussi par excellence une technique permettant l'harmonisation des droits nationaux. « *Elle préserve [ainsi] la possibilité d'une mesure commune des écarts, donc celle d'une norme commune* »¹²¹². En effet, la technique de la marge nationale d'appréciation permet d'exprimer un double mouvement¹²¹³ de résistance des droits nationaux d'une part, tout en imposant une limite d'autre part, un seuil de compatibilité avec le socle commun de valeurs, ce qui participe donc aux avancées du processus d'harmonisation¹²¹⁴.

352. Il est toutefois capital que les différences admises restent compatibles avec les principes fondateurs communs au système, afin d'assurer et maintenir l'unité de l'ordre juridique européen. « *Ordonné le multiple sans le réduire à l'identique, admettre le pluralisme sans renoncer à un droit commun* »¹²¹⁵ tel sera donc le dessein du pluralisme ordonné. Le juge européen suit d'ailleurs ce modèle lorsqu'il exerce son contrôle, en constant équilibre entre respect du pluralisme et sauvegarde d'un patrimoine commun de valeurs.

Ainsi, elle sanctionne d'une part, les particularismes excessifs lorsque ceux-ci ne sont pas compatibles avec les valeurs fondamentales de la Convention et outrepassent la marge d'appréciation des Etats. Ce fut notamment le cas dans la très célèbre affaire Dudgeon contre

¹²⁰⁸ M. DELMAS-MARTY, *Raisonner la raison d'Etat : Vers une Europe des droits de l'homme*, PUF, 1989, p. 402.

¹²⁰⁹ M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, Édition du Seuil, 2006, p. 78.

¹²¹⁰ M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit : du code pénal aux droits de l'homme*, PUF, 2004, p. 15.

¹²¹¹ Voir *infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, § 1, B, 2.

¹²¹² M. DELMAS-MARTY, *Le relatif et l'universel, Les forces imaginantes du droit*, Édition du Seuil, coll. La couleur des idées, Seuil, 2004, p. 16.

¹²¹³ Voir M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, *op. cit.*, p. 79. L'auteur affirme que c'est « *la résultante d'un ensemble de dynamiques, centrifuges et centripètes, mais aussi ascendantes et descendantes* ».

¹²¹⁴ *Ibid.*, p. 78.

¹²¹⁵ M. DELMAS-MARTY, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *Dalloz*, 2006, n°14, p. 951 et M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, *op. cit.*, p. 8.

Royaume Uni¹²¹⁶ concernant la pénalisation des actes homosexuels en public et entre adultes consentants. En l'espèce, la Cour sanctionne le Royaume-Uni car cette pénalisation – bien qu'adoptée sur le fondement de convictions morales et religieuses particulièrement prégnantes en Irlande du Nord – heurte de front des valeurs universelles de respect de la vie privée et d'égalité.

D'autre part, elle sauvegarde certaines spécificités nationales qui participent au pluralisme et évitent l'avènement d'un système uniforme unique. Cette hypothèse a notamment été rencontrée dans l'affaire *Dogru contre France*, relative à l'interdiction du port du foulard islamique dans un collège public. En l'espèce, la Cour considère que le principe de laïcité est « *un principe constitutionnel, fondateur de la République, auquel l'ensemble de la population adhère et dont la défense paraît primordiale, en particulier à l'école* »¹²¹⁷. Parce qu'il constitue une spécificité à la française, il doit être protégé et n'est pas en soi contraire aux valeurs conventionnelles de liberté religieuse. C'est ainsi que se dessine « *une Europe des droits de l'homme à géométrie variable, où le jeu complexe des normes nationales et européennes s'organise en un pluralisme ordonné* »¹²¹⁸.

353. L'idéal recherché par le système européen serait donc d'aboutir à un « *droit commun pluraliste* »¹²¹⁹ s'inscrivant dans la volonté de « *respecter le pluralisme tout en permettant son expression harmonieuse* »¹²²⁰. Or, la détermination de ce droit commun pluraliste, de cet équilibre entre établissement d'un droit commun et respect du pluralisme, nécessite une analyse comparative des systèmes juridiques nationaux, possible grâce à l'interprétation consensuelle du juge européen qui – au même titre que la marge nationale d'appréciation – se dessine comme une technique indispensable d'harmonisation des droits.

§2 - L'interprétation consensuelle, technique jurisprudentielle d'harmonisation des droits

354. L'interprétation consensuelle est une technique interprétative visant à adopter une démarche comparative des droits nationaux afin d'aiguiller la solution du juge européen.

¹²¹⁶ Cour EDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, req. n°7525/76, série A n°45 ; *GACEDH*, n°48.

¹²¹⁷ Cour EDH, 4 décembre 2008, *Dogru c. France*, req. n°27058/05, § 72 ; *JCP A.*, 2009, n°30, 2189, chron. D. SZYMCAK.

¹²¹⁸ M. DELMAS-MARTY, *Raisonnement la raison d'Etat*, PUF, 1989, p. 14.

¹²¹⁹ M. DELMAS-MARTY et M-L. IZORCHE, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *RIDC*, 2000, p. 779.

¹²²⁰ *Ibid.*, p. 764.

En effet, « *la Cour se réfère à la pratique des Etats, à leur droit interne afin d'en dégager une communauté de vues, un dénominateur commun qui lui permettront d'orienter sa solution dans telle ou telle direction recherchant par là une certaine légitimité face aux Etats et traduisant cet héritage commun* »¹²²¹. Elle s'appuie donc sur l'analyse des conceptions nationales communes pour en faire émerger un droit européen commun des droits de l'homme. Toutefois, seule la coïncidence des droits nationaux sera normalement de nature à influencer l'élaboration d'une norme européenne commune, puisque partagée par un grand nombre des Etats parties à la Convention. A l'inverse, lorsqu'une certaine diversité s'impose, la Cour se devra de faire preuve de retenue et de ne pas imposer, au titre des obligations conventionnelles, une conception plutôt qu'une autre. En ce sens, le consensus européen – parce qu'il est le marqueur *légitime* d'une harmonisation des droits (A) – apparaît donc comme le principal paramètre de variation de l'étendue de la marge nationale d'appréciation (B) et, par ricochet, du principe de subsidiarité lorsqu'envisagé au titre du contrôle de proportionnalité¹²²².

Ces développements auront donc pour ambition de dévoiler le cadre « théorique » dans lequel s'inscrit la démarche de la Cour de Strasbourg et selon lequel l'interprétation évolutive a normalement pour fondement l'interprétation consensuelle. Selon les termes mêmes du juge européen, « *le consensus joue [en effet] un rôle dans le développement et l'évolution de la protection assurée par la Convention [et] a ainsi été invoqué pour justifier une interprétation dynamique* »¹²²³ des droits garantis. Toutefois, un problème majeur se pose et ne peut-être, dès à présent, totalement ignoré : lorsque ce modèle est confronté à la pratique jurisprudentielle, il n'est que *partiellement* suivi. En effet, la jurisprudence strasbourgeoise confirme et infirme à la fois la méthodologie développée par la Cour en ce qui concerne les implications de l'interprétation consensuelle sur la teneur de son contrôle et l'étendue de la marge nationale d'appréciation, si bien que l'on s'y perd quant à la manière dont procède en réalité le juge européen. Bien que non systématiquement appliqué, ce modèle d'interprétation conserve néanmoins des assises jurisprudentielles solides sur lesquelles nous viendrons donc

¹²²¹ V. CLAUDE, *L'interprétation consensuelle de la CEDH*, Mémoire de DEA, Université Montpellier I, IDEDH, 1998, p. 17.

¹²²² En effet, le principe de subsidiarité et la marge nationale d'appréciation ne doivent pas être confondus. Voir *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, § 1, B. Toutefois, parce que la marge est une traduction jurisprudentielle de la subsidiarité matérielle, lors du contrôle de proportionnalité du juge européen, et que le consensus apparaît comme le critère déterminant des variations de cette marge, il devrait être *a priori*, également, l'un des paramètres principaux d'application de la subsidiarité.

¹²²³ Cour EDH, Gde ch., 16 décembre 2010, *A, B et C c. Irlande*, req. n°25579/05, § 234 ; *JCP G.*, 2011, n°3, 58, obs. M. LEVINET ; *JCP G.*, 2011, n°4, doct. 94, chron. F. SUDRE.

nous appuyer dans ce paragraphe pour démontrer que, loin d'être un cadre d'analyse purement théorique et obsolète, cette méthodologie classique se doit d'être étudiée ne serait-ce que pour illustrer, dans un second temps, les déviations de la Cour de Strasbourg en la matière¹²²⁴. En effet, des arrêts à la fois fondateurs et contemporains du droit européen viennent conforter la permanence de ce modèle et donc confirmer la pertinence de cette étude.

A- Le consensus européen, une technique interprétative légitime

355. La démarche du juge strasbourgeois – consistant à faire émerger une norme européenne commune par la recherche d'un consensus, d'une convergence, entre les différents systèmes juridiques des Etats membres – se dessine comme une technique légitime d'interprétation de la Convention. Elle permet, en effet, de ménager l'équilibre voulu entre le respect de la diversité nationale et la recherche d'un droit commun européen, et d'ainsi réaliser l'objectif conventionnel d'harmonisation des droits nationaux¹²²⁵. Le juge européen a ainsi eu recours à cette technique interprétative dès ses premiers arrêts fondateurs, tels que les jurisprudences *Affaire linguistique belge contre Belgique* du 23 juillet 1968, *Golder contre Royaume-Uni* du 21 février 1975 et *Sunday times contre Royaume-Uni* du 26 avril 1979, où il prend respectivement en compte « *les principes qui se dégagent de la pratique judiciaire d'un grand nombre d'États démocratiques* »¹²²⁶, le fait qu'« *il existe [...] une assez grande concordance de vues entre les États contractants* »¹²²⁷ ou encore la prééminence du droit en tant qu'« *élément du patrimoine spirituel commun aux Etats membres du Conseil de l'Europe* »¹²²⁸. L'interprétation consensuelle est une technique qui n'est toutefois pas propre au système conventionnel mais se voit utilisée par différents juges nationaux et internationaux, tels que la Cour suprême des Etats-Unis¹²²⁹, la Cour interaméricaine des droits

¹²²⁴ Voir *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2 spéc.

¹²²⁵ Voir par exemple, F. J. DOUCET, « Les origines et les fondements du recours au consensus en droit européen des droits de l'homme », RDUS, 2013, n°43, p. 738.

¹²²⁶ Cour EDH, 23 juillet 1968, *Affaire "relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique" c. Belgique*, req. n°1474/62, série A n°6, § 10 ; *GACEDH*, n°9 ; *JT*, 1969, pp. 381-385, obs. J. LEPAFFE.

¹²²⁷ Cour EDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, req. n°6538/74, série A n°30, § 9.

¹²²⁸ Cour EDH, 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n°4451/70, série A n°18, § 34 ; *GACEDH*, n°27.

¹²²⁹ Voir, pour les plus connues, les affaires *Thompson vs Oklahoma*, 29 juin 1988, 487 U.S. 815 ; *Atkins vs Virginia*, 20 juin 2002, 536 U.S. 304 et *Roper vs Simmons*, 1er mars 2005, 543 U.S. 551 où la Cour suprême des Etats-Unis recherche parfois un consensus international à l'appui du consensus national fondé sur la législation et la pratique des différents Etats des Etats-Unis.

de l'homme¹²³⁰ ou encore la Cour de justice de l'Union européenne¹²³¹. Si cette technique interprétative d'harmonisation des droits puise sa légitimité dans le préambule même de la Convention – qui prévoit que les Etats poursuivent « *une conception commune et un commun respect des droits de l'homme* » – elle est d'autant plus pertinente que, d'une part, elle prend directement appui sur les droits nationaux et permet ainsi de valoriser les convergences nationales (1) et que, d'autre part, elle constitue – en tant que paramètre de variations de la marge nationale d'appréciation¹²³² – un outil de mise en œuvre de la subsidiarité substantielle (2).

1- Un outil de valorisation des convergences nationales

356. L'interprétation consensuelle est, en premier lieu, légitime car elle prend directement appui sur les droits nationaux¹²³³, que ce soit par référence à la législation¹²³⁴ ou à la pratique¹²³⁵ des Etats membres et ce, dans des domaines divers et variés tels que la *fécondation in vitro*¹²³⁶, les actions en reconnaissance ou en désaveu de paternité¹²³⁷,

¹²³⁰ Voir, par exemple, CIADH, 28 novembre 2012, *Artavia murillo y otros ("fecundación in vitro") vs. Costa Rica*, Serie C No. 257, §§ 148, 185 et §§ 237 et 238 où la Cour interaméricaine va s'appuyer directement sur l'analyse du consensus par la Cour européenne, dans les affaires Cour EDH, Gde ch., 8 juillet 2004, *Vo c. France*, req. n°53924/00 et Cour EDH, Gde ch., 16 décembre 2010, *A, B et C c. Irlande*, req. n°25579/05. Voir CIADH, 24 novembre 2010, *Gomes lund y otros ("guerrilha do araguaia") vs. Brasil*, Série C n°219, § 198.

¹²³¹ Le droit communautaire est en effet marqué par l'utilisation de cette démarche comparatiste, puisque la Cour de justice n'a pas hésité, avant l'adoption de la Charte des droits fondamentaux spécifiquement, à s'inspirer des traditions et règles constitutionnelles communes aux Etats membres – *via* la technique du passage par les principes généraux du droit – pour protéger les droits fondamentaux (Pour le plus connu, voir CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11-70, Rec. p. 1125). A titre indicatif, notons également que la Cour de justice utilise aussi la notion de marge d'appréciation des Etats, à l'exemple de l'affaire CJUE, 3ème ch., 12 mai 2011, *Luxembourg c. Parlement et Conseil*, aff. C-176/09, Rec. I. p. 3727, point 75.

¹²³² Voir *infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, § 2, B.

¹²³³ Voir en ce sens, W. J. GANSHOF VAN DER MEERDCH, « La référence au droit interne des Etats contractants dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RIDC*, 1980, pp. 319-333.

¹²³⁴ Voir, par exemple, Cour EDH, 4 octobre 2012, *Harroudj c. France*, req. n°43631/09, § 48 : « *Ensuite, les données recueillies afin de savoir si la prohibition par la loi nationale de l'enfant mineur constitue un obstacle à l'adoption révèlent des situations variées et nuancées dans la législation des différents Etats. Il n'y a pas, de manière claire, communauté de vues entre les Etats membres* ».

¹²³⁵ Cour EDH, Gde ch., 3 avril 2012, *Boulois c. Luxembourg*, req. n°37575/04, § 102 : « *En définitive, il n'existe aucun consensus au sein des Etats membres sur le statut et les modalités d'octroi du congé pénal : dans certains d'entre eux, l'autorité investie du pouvoir de décision est tenue d'accorder une permission de sortie lorsque les conditions légales sont remplies alors que, dans d'autres, elle dispose au contraire d'un pouvoir entièrement discrétionnaire en la matière ; de même, tous les Etats n'offrent pas un recours contre le refus de permission de sortie* » ; *JCP G.*, 2012, n°35, 924, chron. F.SUDRE.

¹²³⁶ Cour EDH, Gde ch., 3 novembre 2011, *S.H. et autres c. Autriche*, req. n°57813/00, § 97 ; *RTD Civ.*, 2012, n°2, pp. 283-285, chron. J-P. MARGUENAUD ; *JCP G.*, 2011, n°47, 1291, obs. C. PICHERAL ; *JCP G.*, 2012, n°4, doct. 87, chron. F. SUDRE.

¹²³⁷ Cour EDH, 3 avril 2014, *Konstantinidis c. Grèce*, req. n°58809/09, § 44.

l'interdiction de fonder un syndicat sans l'autorisation de l'archevêque¹²³⁸, ou encore concernant le choix d'un alphabet national et les difficultés de la transcription des noms, conformément à la phonétique souhaitée¹²³⁹. Mais au-delà de ces références aux droits nationaux, le recours au consensus européen est d'autant plus légitime que la Cour ne donne valeur à ces conceptions nationales que si elles ont un caractère commun aux États membres et qu'elles sont donc partagées au sein des pays européens. C'est d'ailleurs ce que signifie la notion même de « consensus » qui, au sens général, se définit comme « *un accord informel proche de l'unanimité, une convergence générale des opinions* »¹²⁴⁰. Dans le cadre de son contrôle, le juge strasbourgeois va donc prendre en considération les droits nationaux si une « *approche uniforme* »¹²⁴¹ s'impose ou s'il existe une « *communauté de vues dans les sociétés modernes* »¹²⁴² ou encore si une « *uniformité des législations nationales* »¹²⁴³ sur la question qui lui est soumise, peut être remarquée. A l'inverse, elle s'en détournera, dès lors, qu'aucun point de convergence entre les législations nationales ne peut être démontré. La Cour européenne a ainsi relevé « *qu'il n'existe pas d'approche uniforme au sein des États membres quant à la qualification juridique de l'entrave à la circulation routière sur une autoroute publique* »¹²⁴⁴ ou, plus classiquement, qu'« *on ne peut dégager du droit interne des divers États contractants une notion européenne uniforme de la "morale"* »¹²⁴⁵, ni « *une conception uniforme de la signification de la religion* »¹²⁴⁶ puisque, entre autres, une « *grande diversité caractérise la pratique de l'islam* »¹²⁴⁷. Dans l'hypothèse d'une absence de consensus, la Cour devra alors faire preuve de retenue et s'en tenir au constat d'une diversité nationale, source d'un plus grand respect du pluralisme.

357. De cette coïncidence ou divergence des droits nationaux, la Cour fera ou non, émerger un socle commun de valeurs et principes, fameux standard européen, qui participera

¹²³⁸ Cour EDH, Gde ch., 9 juillet 2013, *Sindicatul "Pastorul Cel Bun" c. Roumanie*, req. n°2330/09, Rec. 2013, § 133; *JCP G.*, 2013, n°36, 919, veille G. GONZALEZ.

¹²³⁹ Cour EDH, 2 février 2010, *Kemal Taşkın et autres c. Turquie*, req. n°30206/04 et al., § 70.

¹²⁴⁰ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 10^{ème} édition, 2014, (souligné par nous).

¹²⁴¹ Cour EDH, 26 novembre 2013, *Francesco Quattrone c. Italie*, req. n°13431/07, § 91.

¹²⁴² Cour EDH, Gde ch., 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, req. n°34503/97, § 86 ; *GACEDH*, n°64 ; *JCP G.*, 2009, I, 10018, note F. SUDRE.

¹²⁴³ Cour EDH, Gde ch., 7 février 2013, *Fabris c. France*, req. n°16574/08, § 58 ; *AJDA*, 2013, n°31, pp. 1795-1797, chron. L. BURGORGUE-LARSEN.

¹²⁴⁴ Cour EDH, Gde ch., 15 octobre 2015, *Kudrevičius et autres c. Lituanie*, req. n°37553/05, § 180 ; *JCP G.*, 2015, n°46-47, 1251, obs. K. BLAY-GRABARCZYK.

¹²⁴⁵ Cour EDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, req. n°5493/72, série A n°24, § 48 ; *GACEDH*, n°7.

¹²⁴⁶ Cour EDH, Gde ch., 1 juillet 2014, *S.A.S. c. France*, req. n°43835/11, § 130 ; *JCP G.*, 2014, n°39, 974, note A. LEVADE ; *JCP G.*, 2014, n°29, 835, libres propos B. BONNET.

¹²⁴⁷ Cour EDH, 16 septembre 2014, *Mansur yalçın et autres c. Turquie*, req. n°21163/11, § 32.

in fine au développement d'un droit européen commun des droits de l'homme. Le recours à une telle méthode d'interprétation permet ainsi une plus grande adhésion des Etats à la solution européenne. Elle démontre, en effet, que le juge strasbourgeois n'a pas créé la solution mais n'a fait qu'appliquer celle qui est la plus partagée au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe, ce qui permet, par là-même, d'accentuer « *la force persuasive* »¹²⁴⁸ de ses décisions. Cette technique vient, en quelque sorte, encadrer le pouvoir du juge et éviter *a priori* des solutions arbitraires, puisque fondée sur le point de vue majoritaire. Un tel fonctionnement renforce donc la légitimité de ce droit commun pluraliste puisque essentiellement fondé sur l'interaction des droits nationaux. Sans remettre en cause toute la logique et légitimité accordées à cette méthode, remarquons toutefois que dans la mesure où la recherche d'un consensus conduit à favoriser l'approche collective dominante, cela implique également de soumettre la minorité et annihiler une part de diversité. L'interprétation consensuelle doit donc également être vue comme un moyen de circonscrire la liberté des Etats isolés ou récalcitrants et de les soumettre à la pensée majoritaire. Si cette approche s'explique notamment au regard du domaine en cause – à savoir la protection des droits de l'homme – elle laisse toutefois dubitatif dans la mesure où, le système européen est basé sur une logique de coopération, alors que le consensus semble ici conférer au juge un pouvoir d'intégration¹²⁴⁹.

358. Cette technique d'interprétation est, par ailleurs, légitime dans la mesure où le consensus européen permet de parvenir à l'harmonisation souhaitée des droits nationaux et constitue, en ce sens, un outil de mise en œuvre du principe de subsidiarité.

2- Un outil de mise en œuvre de la subsidiarité substantielle

359. L'interprétation consensuelle est l'outil d'excellence de la Cour de Strasbourg pour répondre à l'objectif conventionnel d'harmonisation des droits nationaux et ainsi exprimer les exigences inhérentes au principe de subsidiarité. En effet, cette technique d'interprétation de la Convention contribue à préserver le standard commun de protection des

¹²⁴⁸ A. UBEDA DE TORRES, « Un dialogue sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme », in E. BRIBOSIA, L. SCHEECK et A. UBEDA DE TORRES (dir.), *L'Europe des cours, loyautés et résistances*, Bruylant, 2010, p. 213.

¹²⁴⁹ Voir, par exemple, B. DELZANGLES, *Activisme et autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, Fondation Varenne, 2009, p. 325. L'auteur explique que « *via le consensus, c'est une logique d'intégration juridique que la Cour affiche pour justifier ses décisions : en présence d'une majorité d'Etats, les autres n'ont plus leur mots à dire* ».

droits de l'homme – en ce qu'elle permet de dégager un dénominateur commun aux systèmes juridiques nationaux et donc d'élaborer une norme européenne commune – sans toutefois nier les particularismes nationaux, dès lors qu'il n'existe pas de communauté de vues entre les Etats membres. Elle permet donc de ménager un juste équilibre entre unité et diversité, ainsi que d'établir un compromis entre le respect des souverainetés étatiques et la nécessité d'un contrôle européen, et constitue donc une technique légitime d'application de la subsidiarité en droit européen.

360. Parce que cette subsidiarité peut être à la fois positive et négative – et donc supposer une action ou abstention de l'entité supérieure – il existe deux types d'interprétation consensuelle. Une interprétation positive, d'une part, qui justifie que – lorsqu'il existe une conception commune permise grâce à l'homogénéité des systèmes nationaux – cette volonté majoritaire soit imposée à l'ensemble des Etats membres. Une interprétation négative, d'autre part, qui – parce qu'il existe une disparité des systèmes et des législations nationales hétéroclites – justifie une retenue du juge alors protecteur de la diversité et du pluralisme. La recherche d'un consensus européen entre les Etats parties à la Convention permet ainsi de concrétiser le principe de subsidiarité et de tendre vers l'harmonisation recherchée des droits nationaux. Ce consensus se voit donc doté d'une double fonction au sein du système conventionnel. En effet, il peut être source d'une interprétation évolutive de la Convention¹²⁵⁰ ou bien, à l'inverse, facteur de retenue judiciaire. L'interprétation consensuelle dicte donc, au juge européen, la position qu'il a à tenir dans l'exercice de son contrôle et irrigue, *in fine*, son activisme ou son autolimitation.

361. S'agissant tout d'abord de l'interprétation consensuelle positive, c'est-à-dire de la découverte d'un consensus entre les Etats membres de la Convention, celle-ci est alors source d'une interprétation évolutive¹²⁵¹ et donc garante de la définition d'un droit commun des droits de l'homme.

En effet, le consensus européen est généralement perçu comme le socle justificatif d'une évolution de la garantie des droits conventionnels¹²⁵². Ainsi, dans les affaires *Marckx* contre

¹²⁵⁰ Voir en ce sens, F. RIGAUX, « Interprétation consensuelle et évolutive », in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruylant, coll. « Droit et justice », n°21, 1998, p. 41 et suiv.

¹²⁵¹ V. CLAUDE, *L'interprétation consensuelle de la CEDH*, Mémoire de DEA, Université Montpellier I, IDEDH, 1998, p. 55.

¹²⁵² Voir A. KOVLER, « Le rôle du consensus dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Dialogue entre juges*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2008.

Belgique¹²⁵³ ou Soering contre Royaume-Uni¹²⁵⁴, le juge strasbourgeois a par exemple constaté – sur la base d’une évolution des normes dans la majorité des Etats membres – qu’il fallait à présent réciproquement garantir l’égalité de traitement entre les enfants dits légitimes et naturels d’une part, et appréhender la peine capitale comme pouvant désormais constituer un mauvais traitement prohibé par l’article 3 de la Convention d’autre part. Plus récemment, la Cour rappelle qu’elle doit « *tenir compte de l’évolution de la situation dans les États contractants et réagir, par exemple, au consensus susceptible de se faire jour quant aux normes à atteindre* »¹²⁵⁵. En ce sens, l’interprétation consensuelle « *constitue une sorte de point d’encrage, que ce soit pour la détermination de la marge d’appréciation des Etats, pour l’interprétation évolutive et, dans une certaine mesure, pour déterminer le contenu d’un concept autonome* »¹²⁵⁶ ou justifier l’édiction d’une obligation positive à charge de l’Etat. Notons, à ce titre, que le consensus n’intervient donc pas qu’au niveau de l’application des droits, mais aussi de leur applicabilité, puisque la recherche d’un dénominateur commun va parfois induire une « *redéfinition des termes qui acquièrent donc une signification autonome* »¹²⁵⁷.

Néanmoins, des limites semblent devoir ne pas être franchies. D’une part et selon la logique proposée par la Cour, seule la présence d’un large consensus européen se doit normalement de légitimer une interprétation évolutive, « *pareille évolution sémantique n’étant acceptée que si un nombre suffisant d’Etats parties à la Convention y ont adhéré* »¹²⁵⁸. Or, l’indéterminisme de la notion de consensus n’est pas de nature à clarifier ce flottement. D’autre part, si le consensus justifie une interprétation évolutive, il ne doit pas, pour autant,

¹²⁵³ Cour EDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n°6833/74, série A n°31, § 41 ; *GACEDH*, n°51 : « *elle ne peut pas ne pas être frappée par un phénomène : le droit interne de la grande majorité des États membres du Conseil de l’Europe a évolué et continue d’évoluer, corrélativement avec les instruments internationaux pertinents, vers la consécration juridique intégrale de l’adage "mater semper certa est"* » (souligné par nous).

¹²⁵⁴ Cour EDH, 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, req. n°14038/88, § 102 : la Cour explique que « *pour déterminer s’il lui faut considérer un traitement ou une peine donnés comme inhumains ou dégradants aux fins de l’article 3, "la Cour ne peut pas ne pas être influencée par l’évolution et les normes communément acceptées de la politique pénale des États membres du Conseil de l’Europe dans ce domaine"* » (souligné par nous) ; *GACEDH*, n°16.

¹²⁵⁵ Cour EDH, 8 avril 2014, *Dhahbi c. Italie*, req. n°17120/09, § 47 ; *JCP A.*, 2014, n°18-19, act. 385, C. PICHÉRAL.

¹²⁵⁶ V. CLAUDE, *L’interprétation consensuelle de la CEDH*, Mémoire de DEA, Université Montpellier I, IDEH, 1998, p. 17.

¹²⁵⁷ A. UBEDA DE TORRES, « Un dialogue sous l’influence de la Cour européenne des droits de l’homme », in E. BRIBOSIA, L. SCHEECK et A. UBEDA DE TORRES (dir.), *L’Europe des cours, loyautés et résistances*, Bruylant, 2010, p. 213.

¹²⁵⁸ F. RIGAUX, « Interprétation consensuelle et évolutive », in F. SUDRE (dir.), *L’interprétation de la Convention Européenne des Droits de l’Homme*, Bruylant, coll. « Droit et justice » n°21, 1998, p. 41.

amener le juge à acquérir un pouvoir de nature législative. En effet, le consensus ne doit pas être doté d'une force normative de création du droit.

362. S'agissant ensuite de l'interprétation consensuelle négative, c'est-à-dire du constat d'une absence de consensus entre les Etats membres de la Convention, celle-ci est alors source de retenue judiciaire et donc garante du pluralisme juridique. En effet, « *la recherche d'un tel dénominateur commun paraît bien constituer le vecteur privilégié de la prise en compte, par le juge européen, des particularismes nationaux et traduire la volonté de les respecter* »¹²⁵⁹. Ainsi, dans des affaires telles que Haas contre Suisse¹²⁶⁰, Evans contre Royaume-Uni¹²⁶¹ ou encore Schalk et Kopf contre Autriche¹²⁶², la Cour a affirmé – sur la base d'une absence de communauté de vues entre les Etats membres notamment – qu'elle n'était pas légitime à dégager que ce soit un droit de choisir la manière et le moment de sa mort, ou bien un droit à devenir mère, dans le cadre d'une fécondation *in vitro* et sans le consentement du père, ou encore un droit au mariage entre personnes de même sexe. L'absence de consensus justifie donc une prudence de la part de la Cour qui – privée de son matériel de construction – ne pourra faire émerger un nouveau droit. Le juge fera ainsi preuve de retenue, puisque son rôle devra se limiter au simple constat du contexte juridique existant¹²⁶³. En ce sens, l'interprétation consensuelle apparaît comme une technique d'harmonisation des droits qui justifie l'émergence de droits communs, tout en restant attentive aux diversités nationales, tel que le préconise le principe de subsidiarité. En pratique, cette diversité et ce pluralisme se verront protégés grâce à l'octroi d'une large marge d'appréciation à l'Etat qui n'est autre – rappelons-le – que la traduction jurisprudentielle par excellence de la subsidiarité substantielle¹²⁶⁴.

363. La démarche comparative utilisée par la Cour européenne permet donc d'établir un équilibre entre l'intégration et l'exclusion, puisqu'elle écarte « *l'unification selon des règles uniformes, mais ouvre la voie d'une harmonisation autour de principes communs,*

¹²⁵⁹ H. SURREL, « Pluralisme et recours au consensus dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruylant, 2010, p. 62.

¹²⁶⁰ Cour EDH, 20 janvier 2011, *Haas c. Suisse*, req. n°31322/07, § 55 ; *JCP G.*, 2011, n°35, pp. 1506-1512, chron. F. SUDRE.

¹²⁶¹ Cour EDH, Gde ch., 10 avril 2007, *Evans c. Royaume-Uni*, req. n°6339/05, Rec. 2004, §§ 77, 81 et 92 ; *RTD Civ.*, 2007, n°2, pp. 295-297, note J.-P. MARGUENAUD.

¹²⁶² Cour EDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, req. n°30141/04, § 105 ; *RTD Civ.*, 2010, p. 738, note J.-P. MARGUENAUD ; *RTD civ.*, 2010, n°4, pp. 765-766, chron. J. HAUSER.

¹²⁶³ P. ROLLAND, « L'interprétation de la Convention », in *Le juge administratif français et la Convention européenne des droits de l'homme*, *RUDH*, 1991, p. 286.

¹²⁶⁴ Voir *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, § 1.

appliqués avec une marge nationale d'appréciation »¹²⁶⁵. Par conséquent, le consensus européen apparaîtra comme l'un des principaux paramètres de variation de cette marge.

B- Le consensus européen, principal paramètre de variation de la marge nationale d'appréciation

364. Parce que le consensus européen contribue à imposer ou infirmer une solution européenne commune à un problème spécifique donné, il va de pair avec l'octroi et l'étendue de la marge d'appréciation conférée aux Etats dans la mise en œuvre nationale de la Convention. L'interprétation consensuelle conditionnera ainsi la latitude accordée aux autorités nationales pour décider de l'application des garanties conventionnelles en droit interne. En ce sens, le consensus européen se présente *a priori* comme le *principal* critère de variation de la marge¹²⁶⁶ (2) – et à travers elle, de la subsidiarité substantielle – sans toutefois éclipser les autres paramètres qui se doivent, par conséquent, d'être brièvement rappelés (1).

1- Bref rappel des différents paramètres de variation

365. De jurisprudence constante, la Cour affirme que « *l'étendue de la marge d'appréciation, dont jouissent les autorités nationales, dépend non seulement de la finalité de la restriction, mais encore de la nature du droit en cause* »¹²⁶⁷. Le premier paramètre de variation correspond donc à la finalité de l'ingérence étatique ou au but légitime poursuivi par celle-ci. En effet, si le but invoqué par l'Etat peut s'interpréter en une notion objective, la marge d'appréciation sera plus restreinte que s'il correspond à une notion contingente, difficile à saisir car variant, selon les sociétés et les époques, et justifiant ainsi une plus grande liberté¹²⁶⁸. Le deuxième paramètre correspond, quant à lui, à la nature du droit en cause. En

¹²⁶⁵ M. DELMAS-MARTY, *Le relatif et l'universel, Les forces imaginantes du droit*, Édition du Seuil, coll. La couleur des idées, 2004, p. 16.

¹²⁶⁶ Notons, à ce titre, que si le consensus européen se dessine comme le principal critère de variation de l'étendue de la marge, ces deux concepts ne doivent pas être, pour autant, confondus. D'une part, d'autres critères de variation interviennent à l'appui d'une détermination de la marge et d'autre part, le consensus européen a un champ d'application bien plus vaste que celui de la marge, puisqu'il peut notamment intervenir au stade de l'applicabilité des droits ou s'agissant des droits dits absolus. Voir, en ce sens, B. PASTRE-BELDA, « Et si la Cour européenne des droits de l'homme renonçait à l'interprétation consensuelle ? », *RTDH*, 2015, n°101, p. 91.

¹²⁶⁷ Cour EDH, 24 novembre 1986, *Gillow c. Royaume-Uni*, req. n°9063/80, série A n°109, § 55.

¹²⁶⁸ Voir, dans ce sens, Cour EDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, req. n°6538/74, série A n°30, § 59 : « *le pouvoir national d'appréciation n'a pas une ampleur identique pour chacun des buts énumérés à*

effet, la marge d'appréciation de l'Etat sera d'autant plus large – et le contrôle européen plus souple – que l'ingérence portera sur des droits techniques et complexes, ou sur la conciliation de deux articles¹²⁶⁹ ou deux droits conventionnels¹²⁷⁰ entrant en conflit. La marge d'appréciation sera par contre plus réduite – et donc le contrôle européen plus strict – dès lors que l'ingérence interfèrera avec la sphère d'intimité de la personne ou avec un droit particulièrement caractéristique de la société démocratique. Ainsi, dans le célèbre arrêt *Dudgeon contre Royaume-Uni*, la Cour affirme que « *la présente affaire a trait à un aspect des plus intimes de la vie privée. Il doit donc exister des raisons particulièrement graves pour rendre légitimes [...] des ingérences des pouvoirs publics* »¹²⁷¹. De même dans l'arrêt *Castells contre Espagne*, la Cour insiste sur le fait que « *précieuse pour chacun, la liberté d'expression l'est tout particulièrement pour un élu du peuple* »¹²⁷² et qu'ainsi « *des ingérences dans la liberté d'expression d'un parlementaire de l'opposition, tel le requérant, commandent à la Cour de se livrer à un contrôle des plus stricts* »¹²⁷³. Ce critère ne fait toutefois pas l'objet d'une application rigide et mathématique au vu de l'affaire *Laskey, Jaggard et Brown contre Royaume-Uni*¹²⁷⁴, concernant des pratiques sadomasochistes relevant donc indéniablement de la sphère d'intimité des requérants, et dans laquelle la Cour reconnaît à l'Etat une large marge d'appréciation. Le contrôle européen n'apparaît donc pas toujours linéaire mais varie, également, selon le contexte et le domaine en cause¹²⁷⁵. Enfin, la Cour s'appuie, en dernier lieu, sur l'existence ou l'absence d'un dénominateur commun aux Etats ; dénominateur qui semble se dessiner comme un paramètre prépondérant de la détermination de l'ampleur de la marge d'appréciation.

l'article 10 par. 2. L'affaire Handyside concernait la "protection de la morale". L'idée que les États contractants "se font des exigences de cette dernière", a constaté la Cour, "varie dans le temps et l'espace, spécialement à notre époque", et "les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences". Il n'en va pas exactement de même de la notion, beaucoup plus objective, d' "autorité" du pouvoir judiciaire. En la matière, une assez grande concordance de vues ressort du droit interne et de la pratique des États contractants. Elle se reflète dans une série de clauses de la Convention, dont l'article 6, qui n'ont pas d'équivalent pour la "morale". A une liberté d'appréciation moins discrétionnaire correspond donc ici un contrôle européen plus étendu ».

¹²⁶⁹ Voir, par exemple, Cour EDH, 20 septembre 1994, *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, req. n°13470/87, série A n°295-A, § 50 ; *RTDH*, 1995, n°23, pp. 401-415, comm. F. RIGAUX ; *RUDH*, 1994, n°12, pp. 441-449, comm. P. WACHSMANN.

¹²⁷⁰ Voir, par exemple, Cour EDH, Gde ch., 10 avril 2007, *Evans c. Royaume-Uni*, op. cit., §§ 77, 81 et 92.

¹²⁷¹ Cour EDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, req. n°7525/76, série A n°45, § 52 ; *GACEDH*, n°48.

¹²⁷² Cour EDH, 23 avril 1992, *Castells c. Espagne*, req. n°11798/85, série A n°236, § 42.

¹²⁷³ *Ibid.*

¹²⁷⁴ Cour EDH, 19 février 1997, *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, req. n°21627/93 et al., Rec. 1997-I.

¹²⁷⁵ Pour plus de détails, voir *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 2.

2- Les implications classiques du consensus sur l'étendue de la marge

366. De jurisprudence constante, la Cour européenne affirme que « *la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats contractants peut constituer un élément pertinent pour déterminer l'étendue de la marge d'appréciation des autorités nationales* »¹²⁷⁶. Semblable à une relation de type « cause à effet », la présence ou l'absence d'un dénominateur commun va donc impacter l'ampleur de la marge d'appréciation de l'Etat selon une logique *a priori* imparable, cette marge devant être large lorsqu'il existe une diversité des conceptions et des pratiques et à l'inverse, plus étroite, en présence d'un consensus entre Etats. Deux hypothèses d'appréciation « classique » du consensus – puisque la Cour européenne ne suivra pas toujours rigoureusement ses propres principes jurisprudentiels – se présentent donc au juge européen dans le cadre du contrôle des ingérences aux droits garantis.

367. Tout d'abord, le juge des droits de l'homme peut se voir confronté à une absence de consensus européen et devra – du fait de la diversité nationale sur la question en jeu – étendre la marge d'appréciation de l'Etat défendeur.

En effet, l'absence de principes communs aux Etats membres, dictera à la Cour de faire preuve d'une plus grande retenue, afin que son contrôle soit pleinement respectueux du pluralisme et des particularismes nationaux. Dans cette hypothèse – et puisqu'aucune norme européenne ne se dessine – la Cour de Strasbourg devra se limiter à un contrôle réduit de l'ingérence étatique et conférer, par conséquent, une large marge d'appréciation à l'Etat quant à la manière de mettre en œuvre ses obligations au titre de la Convention. Dans sa jurisprudence – et malgré une affirmation de principe relativement timorée selon laquelle « *la présence ou l'absence d'un dénominateur commun [...] peut constituer un élément pertinent pour déterminer l'étendue de la marge* »¹²⁷⁷ – la Cour va établir un lien direct entre le défaut d'approche européenne commune et l'extension de la marge nationale d'appréciation. En

¹²⁷⁶ Voir, par exemple, Cour EDH, 27 mars 1998, *Petrovic c. Autriche*, req. n°20458/92, Rec. 1998-I, § 38 ; RTDH, 1998, n°36, pp. 721-736, comm. S-J. PRISO ESSAWE ; Cour EDH, 10 juin 2010, *Schwizgebel c. Suisse*, req. n°25762/07, Rec. 2010, § 80 ; Dalloz, 2010, n°34, pp. 2269-2272, note C. BRIERE ; Cour EDH, Gde ch., 15 mars 2012, *Sitaropoulos et al. c. Grèce*, req. n°42202/07, § 66 ; JCP G., 2012, n°35, doct. 924, chron. F. SUDRE ; RTDH, 2014, n°100, p. 937, S. BESSON et A-L. GRAF-BRUGERE ; Cour EDH, Gde ch., 16 juillet 2014, *Hämäläinen c. Finlande*, req. n°37359/09, § 109 ; JCP G., 2014, n°39, 971, obs. A. SCHAHMANECHE ; AJDA, 2014, n°31, pp. 1763-1765, chron. L. BURGORGUE-LARSEN.

¹²⁷⁷ Voir, par exemple, Cour EDH, 27 mars 1998, *Petrovic c. Autriche*, *op. cit.*, § 38 ; Cour EDH, 10 juin 2010, *Schwizgebel c. Suisse*, *op. cit.*, § 66 ; Cour EDH, Gde ch., 16 juillet 2014, *Hämäläinen c. Finlande*, *op. cit.*, § 109 (souligné par nous).

effet, « *dès lors que les questions soulevées touchent à des domaines où il n'y a guère de communauté de vues entre les Etats membres du Conseil de l'Europe [...], il y a lieu d'accorder à l'Etat défendeur une large marge d'appréciation* »¹²⁷⁸. La Cour européenne a de ce fait récemment considéré, s'agissant de la question du port du voile intégral dans l'espace public¹²⁷⁹, de l'âge maximum des personnes souhaitant adopter un enfant¹²⁸⁰, du droit pour le père biologique de contester la paternité d'un mari¹²⁸¹, du statut et des modalités d'octroi du congé pénal¹²⁸² ou encore de l'assimilation de la kafala à une adoption¹²⁸³, qu'il n'y avait pas de communauté de vues entre les Etats membres et qu'il en résultait que la marge d'appréciation dont dispose l'Etat membre doit donc être considérée comme ample ; si bien que dans chacune de ces affaires, le juge européen parvient, au terme de son contrôle, à un constat de non-violation de la Convention.

Ces différents exemples confirment, d'une part, que l'absence de consensus entre les pays européens peut-être un critère d'importance, justifiant la prévalence d'une protection du pluralisme et des spécificités locales, la Cour n'étant pas, dans cette hypothèse, la mieux placée pour intervenir. Ils démontrent, d'autre part, que le principe selon lequel l'absence de dénominateur commun induit une extension de la liberté et marge d'appréciation de l'Etat est toujours en vigueur dans la jurisprudence européenne actuelle.

368. A l'inverse, la Cour européenne des droits de l'homme peut se voir confrontée à l'existence d'un consensus européen et devra alors – du fait de la norme européenne commune à la plupart des Etats membres – réduire sensiblement la marge nationale d'appréciation.

En effet, la présence d'un consensus dont ne fait pas partie le Gouvernement défendeur signifie que ce dernier est en deçà du seuil conventionnel minimal, qu'il est en dehors du droit

¹²⁷⁸ Cour EDH, Gde ch., 22 avril 1997, *X, Y, Z. c. Royaume-Uni*, req. n°21830/93, Rec. 1997-II, § 44 ; *RTDH*, 1998, n°33, pp. 117-144, comm. F. RIGAUX. Pour un exemple plus récent, voir Cour EDH, Gde ch., 3 novembre 2011, *S.H. et autres c. Autriche*, req. n°57813/00, § 97 ; *RTD Civ.*, 2012, n°2, pp. 283-285, chron. J.-P. MARGUENAUD ; *JCP G.*, 2011, n°47, 1291, obs. C. PICHERAL ; *JCP G.*, 2012, n°4, doct. 87, chron. F. SUDRE.

¹²⁷⁹ Cour EDH, Gde ch., 1 juillet 2014, *S.A.S. c. France*, req. n°43835/11, § 130 ; *JCP G.*, 2014, n°39, 974, note A. LEVADE ; *JCP G.*, 2014, n°29, 835, libres propos B. BONNET.

¹²⁸⁰ Cour EDH, 10 juin 2010, *Schwizgebel c. Suisse*, req. n°25762/07, Rec. 2010, §§ 91 et 92 ; *Dalloz*, 2010, n°34, pp. 2269-2272, note C. BRIERE.

¹²⁸¹ Cour EDH, 9 octobre 2014, *Marinis c. Grèce*, req. n°3004/10, § 65 spéc.

¹²⁸² Cour EDH, Gde ch., 3 avril 2012, *Boulois c. Luxembourg*, req. n°37575/04, § 102 ; *JCP G.*, 2012, n°35, 924, chron. F. SUDRE.

¹²⁸³ Cour EDH, 4 octobre 2012, *Harroudj c. France*, req. n°43631/09, § 48 ; *JCP G.*, 2012, n°43, 1145, obs. G. GONZALEZ ; *RTD civ.*, 2013, n°1, pp. 105-106, chron. J. HAUSER.

européen commun qui émerge de la communauté des Etats parties et que la Cour est, par conséquent, légitime à lui imposer une modification de son système. En cas de communauté de vues entre les Etats membres, l'interprétation consensuelle enjoindra donc la Cour à exercer un contrôle strict limitant la liberté des Etats, dans l'appréciation et l'application nationale de la Convention au point de constater, dans la plupart des cas, un dépassement de cette marge et donc une violation du droit garanti.

C'est ainsi que dans une affaire *S.L. contre Autriche* du 9 janvier 2003 par exemple, la Cour parvient au constat de violation de l'article 14 combiné à l'article 8, en particulier car « *il existe un consensus de plus en plus large au niveau européen pour appliquer le même âge de consentement aux relations hétérosexuelles ou homosexuelles masculines et féminines* »¹²⁸⁴. De même s'agissant de l'affaire *Wagner et J.M.W.L contre Luxembourg* du 28 juin 2007 où elle « *observe [que] la situation se trouve à un stade avancé d'harmonisation en Europe. En effet, une étude de la législation des Etats membres révèle que l'adoption par les célibataires est permise, sans limitation dans la majorité des quarante-six pays* »¹²⁸⁵ ; ce qui contribuera largement au constat de violation de l'article 8 du fait d'une réduction sensible de la marge d'appréciation de l'Etat.

Plus récemment, dans une affaire *Jeunesse contre Pays-Bas* du 3 octobre 2014, la Cour européenne se fonde, entre autres, sur l'existence d'un large consensus quant à la primauté de l'intérêt supérieur des enfants dans toutes les décisions les concernant¹²⁸⁶ pour parvenir au constat d'un dépassement de la marge d'appréciation laissée aux États en matière d'immigration. Elle suivra une même démarche face au consensus portant sur l'absence de restriction fondée sur la séropositivité du candidat à un permis d'entrée, de séjour ou de résidence¹²⁸⁷ ou sur l'absence de conséquence directe d'une procédure d'impeachment du chef de l'Etat sur les droits électoraux de l'intéressé¹²⁸⁸, consensus qui la conduira à estimer que « *le Gouvernement a outrepassé la marge d'appréciation étroite dont il bénéficiait en l'espèce* »¹²⁸⁹ et donc violé les droits garantis. Même si le lien entre la présence d'un consensus et la réduction de la marge n'est pas toujours expressément souligné dans la

¹²⁸⁴ Cour EDH, 9 janvier 2003, *S.L. c. Autriche*, req. n°45330/99, Rec. 2003-I, § 42.

¹²⁸⁵ Cour EDH, 28 juin 2007, *Wagner et J.M.W.L c. Luxembourg*, req. n°76240/01, § 129 ; *RTD Civ.* 2007, p. 738, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *JCP G.*, 2007, n°36, I 182, chron. F. SUDRE.

¹²⁸⁶ Cour EDH, Gde ch., 3 octobre 2014, *Jeunesse c. Pays-Bas*, req. n°12738/10, § 118.

¹²⁸⁷ Cour EDH, 10 mars 2011, *Kiyutin c. Russie*, req. n°2700/10, § 65.

¹²⁸⁸ Cour EDH, Gde ch., 6 janvier 2011, *Paksas c. Lituanie*, req. n°34932/04, Rec. 2011, § 106 ; *JCP G.*, 2011, n°35, pp. 1506-1512, chron. F. SUDRE.

¹²⁸⁹ Cour EDH, 10 mars 2011, *Kiyutin c. Russie*, req. n°2700/10, § 74.

motivation du juge, il est évident que la présence ou l'absence de dénominateur commun est un critère de poids – bien que non unique – influant directement sur l'étendue de la marge nationale et indirectement sur le constat de violation ou de non-violation du juge européen.

369. Si le critère du consensus se présente *a priori* comme un paramètre déterminant les variations de l'ampleur de la marge nationale d'appréciation¹²⁹⁰ et, par conséquent, comme le garant du principe de subsidiarité, on ne peut toutefois ignorer les applications dévoyées dont il fait également l'objet. En effet, la jurisprudence européenne actuelle semble tantôt confirmer les principes présentement dégagés quant au critère du consensus, tantôt les infirmer pour illustrer au contraire une instrumentalisation de l'interprétation consensuelle – et donc du principe de subsidiarité ! – par le juge européen. Cela confirme d'ailleurs les dires du Professeur Frédéric SUDRE, selon lesquels l'utilisation par la Cour de Strasbourg du consensus européen relève « *d'une alchimie [bien] mystérieuse* »¹²⁹¹.

*
* *

370. Si la subsidiarité conventionnelle est essentiellement perçue comme un principe protecteur des diversités nationales – dès lors qu'elle a pour principal objectif, la sauvegarde des souverainetés étatiques et qu'elle impose donc au juge une retenue dans l'exercice de son contrôle – elle se dessine également comme un vecteur privilégié d'harmonisation des droits. En effet, la dimension positive du principe – trop souvent oubliée d'ailleurs – suppose une action de la part de l'autorité supérieure (présentement, la Cour européenne) au soutien de l'entité inférieure (en l'espèce, les Etats membres)¹²⁹². Or, si l'action – ici recherchée – n'est autre que la garantie d'une protection commune et effective des droits de l'homme en Europe, rien de tel pour y parvenir que l'instauration d'un modèle harmonisé, laissant à la fois place aux diversités nationales, tout en imposant, néanmoins, la définition d'une norme européenne commune. Tel est le dessein du système européen qui poursuit, non une logique d'uniformisation des droits nationaux, mais bien d'harmonisation de ceux-ci. Dans cette

¹²⁹⁰ Voir, en ce sens, F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 12^{ème} édition, 2015, p. 239 : « *l'interprétation consensuelle est un élément essentiel de la variation des limites du pouvoir discrétionnaire reconnu aux Etats dans la mise en œuvre des restrictions aux droits garantis* ».

¹²⁹¹ F. SUDRE, « Le recours aux notions autonomes », in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme: actes du colloque des 13 et 14 mars 1998*, Bruylant, 1998, p. 123.

¹²⁹² Pour plus de détails, voir *supra*, Introduction, §. 1, A, 1, a, i.

optique, la dimension positive du principe de subsidiarité va venir légitimer l'intervention du juge strasbourgeois au soutien d'une protection nationale effective de ces droits. Or, cette harmonisation passera nécessairement par l'établissement d'un standard européen commun de protection des droits de l'homme, standard toutefois minimum dans la mesure où les Etats restent bien évidemment libres d'octroyer une protection nationale plus importante que celle conférée par la Convention. La définition de ce standard participera *in fine* à l'élaboration progressive d'un droit commun des droits de l'homme qui, parce qu'il se doit de respecter la diversité, se dessinera avant tout comme un droit commun pluraliste, en parfaite harmonie avec l'exigence de sauvegarde du pluralisme. Afin de parvenir à l'établissement de ce droit commun pluraliste, la Cour a choisi la voie d'une interprétation consensuelle des droits qui – en sus d'être une technique légitime d'interprétation – permet de concilier l'unité et le pluralisme, et d'ainsi identifier les éléments communs aux systèmes, en tant que socle du standard européen. Au-delà d'une définition progressive du droit européen commun, l'interprétation consensuelle permet également de concrétiser l'objectif d'harmonisation des droits. Elle ménage toutefois une liberté d'appréciation aux Etats grâce aux variations de la marge dont le consensus est, en théorie, le principal paramètre de détermination et donc, par conséquent, d'application de la subsidiarité.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

372. Du fait de sa double dimension, à la fois positive et négative, qui mieux que le principe de subsidiarité pouvait réaliser l'articulation et la conciliation des objectifs conventionnels « *de sauvegarde du pluralisme et de préservation d'une conception commune et d'un commun respect des droits de l'homme* »¹²⁹³.

373. En effet, découle de sa dimension négative, une obligation de respect de l'autonomie de l'entité inférieure et, par là même, de sauvegarde des diversités et particularismes nationaux. Mais si cet objectif se justifie, notamment, au regard de la dimension supraétatique du système européen et de la logique de coopération l'animant, il se voit néanmoins concurrencé par la vocation première de la Convention : garantir une protection commune des droits de l'homme en Europe. Si un respect du pluralisme apparaît donc nécessaire à l'ordre juridique européen et ce, afin de ne pas imposer en Europe un modèle unique hégémonique, il se doit néanmoins d'être ordonné. En effet, seul un pluralisme ordonné permettra de ne pas réduire à néant l'idéal de patrimoine commun de droits et de valeurs. L'objectif d'un tel pluralisme suppose donc de trouver un juste équilibre entre une diversité excessive, empêchant l'établissement d'un droit commun des droits de l'homme, et une unité abusive qui annihilerait les particularismes propres à l'histoire de chaque société et pourtant sources de richesse culturelle.

374. La technique de conciliation de ces deux objectifs *a priori* contraires – elle-même sous-tendue par le principe de subsidiarité – a ainsi été trouvée dans le processus d'harmonisation des droits de l'homme, mis en place par la Cour européenne au travers notamment, des techniques de la marge nationale d'appréciation et du consensus européen. Comme le suggère, en effet, le principe de subsidiarité – « *invoqué tantôt pour justifier la préservation des pluralismes nationaux, tantôt pour légitimer [...] l'édification d'une grande Europe des droits de l'homme* »¹²⁹⁴ – un équilibre doit être ménagé entre d'une part, l'établissement d'une norme européenne commune et d'autre part, la sauvegarde des particularismes nationaux. Parce qu'il permet de concilier les fondements et objectifs du

¹²⁹³ M. LEVINET, « Propos introductifs », in M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruylant, 2010, p. 2.

¹²⁹⁴ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme », *RAE*, 1998, n°1-2, p. 28 et suiv.

système européen, le principe de subsidiarité apparaît donc comme un principe directeur du droit de la Convention européenne des droits de l'homme.

CONCLUSION DU TITRE 2 : UN PRINCIPE DIRECTEUR DU DROIT EUROPÉEN

376. Principe à la fois de structuration de l'ordre juridique conventionnel et de conciliation des objectifs poursuivis par le juge européen, le principe de subsidiarité se dessine comme un principe directeur du droit de la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, que ce soit dans une dimension plus substantielle ou procédurale, le principe de subsidiarité fait office de « *règles de pilotage* »¹²⁹⁵, de guide dans l'interprétation et l'application de la Convention.

Ainsi et d'une part, il se dessine comme un principe structurant l'organisation du système européen, dès lors qu'il gère l'articulation des compétences et le partage des responsabilités entre les Etats membres et la Cour européenne, et qu'il autorise une saisine du juge strasbourgeois qu'après épuisement des voies de recours internes. En découle une définition subséquente de l'ordre juridique européen en tant que système seulement complémentaire aux systèmes juridiques nationaux. Cette règle – traduction procédurale directe du principe – induit en effet une application nationale de la Convention et un rôle prioritaire des autorités de l'Etat membre dans la protection des droits fondamentaux. De ce fait, le principe de subsidiarité se profile comme « *un instrument de conventionnalisation de l'ordre juridique interne* »¹²⁹⁶ et parce qu'il suppose un enrichissement du droit national et une valorisation de l'office du juge interne, est aussi « *un facteur de mutation juridictionnelle – de progrès, diront certains – du droit interne* »¹²⁹⁷.

D'autre part, il se dessine comme un principe de conciliation des objectifs poursuivis par le juge européen et guide, en ce sens, l'interprétation de la Convention. En effet, le principe de subsidiarité est « *un leitmotiv dans la jurisprudence de la Cour* »¹²⁹⁸, c'est lui qui « *gouverne l'économie de la Convention* »¹²⁹⁹. Il permet de générer un équilibre entre d'une part, la sauvegarde du pluralisme et des diversités nationales et d'autre part, l'émergence

¹²⁹⁵ F. SUDRE, « L'interprétation dynamique de la Cour européenne des droits de l'homme », *Colloque sur L'office du juge*, Paris, Palais du Luxembourg, les 29 et 30 septembre 2006, disponible sur : http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf, p. 231.

¹²⁹⁶ G. ROSOUX, « La règle de l'épuisement des voies de recours internes et le recours au juge constitutionnel : une exhortation aux dialogues des juges », *RTDH*, n°71, 2007, p. 778.

¹²⁹⁷ *Ibid.*

¹²⁹⁸ L-E. PETTITI, E. DECAUX et P-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, Economica, 2ème édition, 1999, p. 53.

¹²⁹⁹ F. SUDRE, « Question préjudicielle de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », *RDP*, 2009, n°3, p. 672.

d'une norme européenne commune de protection des droits de l'homme. Cet équilibre s'opère grâce à la faculté d'harmonisation et de coordination du principe de subsidiarité, faculté qui est d'ailleurs – comme nous l'avons vu – « *la raison d'être des principes directeurs internationaux* »¹³⁰⁰.

377. C'est donc l'analyse des fonctions du principe, dans le système de la Convention, qui a permis de démontrer qu'il endossait bien le rôle de principe-guide du droit européen. Cette fonction centrale de principe directeur était toutefois inattendue à l'aune de son ambiguïté fondamentale.

¹³⁰⁰ M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Édition du Seuil, 1994, pp. 134 et 135.

CONCLUSION DE LA PARTIE 1 : LE PARADOXE DE L'IDENTIFICATION DU PRINCIPE DE SUBSIDIARITÉ

379. Réfléchir sur le principe de subsidiarité en droit de la Convention européenne implique, en premier lieu, d'identifier son sens, d'appréhender son contenu. Mais « ce n'est pas chose simple », nous le supposons en début de partie et le confirmons à son terme. Ce n'est pas chose simple et ce, pour deux raisons principales, la première conditionnant la seconde.

Tout d'abord, l'ambivalence naturelle du principe de subsidiarité se double d'une indétermination générale du principe. En effet, si la subsidiarité est un concept élastique en constant équilibre entre des objectifs *a priori* opposés¹³⁰¹, son ambivalence est d'autant plus flagrante lorsque le principe est utilisé en droit de la Convention européenne, où il a notamment pour fonction, de concilier les objectifs contrastés – de sauvegarde de la diversité et d'établissement d'un droit européen commun – du système conventionnel. Or, cette ambivalence, au cœur même de la subsidiarité, débouche sur une indétermination sémantique et juridique du principe, que ce soit en raison de son absence de définition univoque – constatée notamment au regard d'une analyse comparative du principe en droit de l'Union européenne, en droit constitutionnel français, en droit de la Convention européenne et plus généralement en droit international – ou en raison des incertitudes quant à la nature même de ce principe, lorsqu'envisagé en droit européen spécifiquement. L'ambivalence et indétermination du principe de subsidiarité conduisent donc au constat d'une ambiguïté fondamentale du principe, première cause d'une complexe identification.

Ensuite, l'identification du principe de subsidiarité, au sens du droit de la Convention européenne, se confirme comme délicate en raison du paradoxe sous-tendant cette recherche. En effet – et comme nous venons de le rappeler – le principe de subsidiarité est par nature flou et indéterminé, il souffre donc d'une ambiguïté fondamentale qui nuit tout naturellement à sa compréhension. Toutefois, ce principe se dessine également comme directeur du droit européen, la contradiction apparente entre le caractère fondamentalement ambigu mais néanmoins directeur du principe de subsidiarité, contribuant également à complexifier son identification. En effet, parce qu'il est un principe au fondement du système européen, un

¹³⁰¹ Pour plus de détails, voir *supra*, Introduction.

principe qui structure son organisation et concilie ses objectifs, il apparaît comme un principe-guide du droit européen des droits de l'homme.

380. Toutefois, il est à première vue curieux de constater que la subsidiarité a été consacrée par la Cour comme un principe directeur du droit européen, alors même qu'elle est également – et avant tout – un principe fondamentalement ambigu et donc, par conséquent, un principe souple et malléable. Tel est le paradoxe de l'identification du principe de subsidiarité. Ne risque-t-il donc pas d'être, certes, un principe-guide mais à la libre disposition, néanmoins, du juge européen ? A moins que tout l'intérêt du principe de subsidiarité réside justement dans son ambiguïté naturelle, ne se laissant ainsi nullement circonscrire « *dans une définition complète et définitive, laquelle aurait [...] pour effet d'en cloisonner les sens et de l'empêcher d'évoluer en fonction de nouvelles contingences* »¹³⁰² ? De cette manière, le principe de subsidiarité garantit en effet au juge européen, une marge de liberté évidente dès lors que son indéterminisme permet à la Cour européenne de ne pas s'enfermer dans des carcans dont elle ne pourrait se libérer. C'est d'ailleurs ce que suggère le Professeur Vlad CONSTANTINESCO lorsqu'il affirme que « *la subsidiarité risque d'autant plus d'être acceptée dans ce rôle [de principe fondamental, de ligne de conduite] que son caractère directement opératoire sera réduit* »¹³⁰³. Il n'est donc guère surprenant que le caractère fondamentalement ambigu du principe directeur de subsidiarité débouche – par voie de conséquence – sur une application manifestement variable dans la jurisprudence européenne.

¹³⁰² N. DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution. Essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement*, Bruylant, 1999, p. 250.

¹³⁰³ V. CONSTANTINESCO, « Le principe de subsidiarité : un passage obligé vers l'Union européenne ? », in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean BOULOUIS*, Dalloz, 1991, p. 41.

PARTIE 2 : LA MISE EN ŒUVRE STRATÉGIQUE DU PRINCIPE DE SUBSIDIARITÉ

381. L'identification de la subsidiarité en droit de la Convention européenne a permis de dévoiler un principe particulièrement flou et ambigu mais néanmoins doté de fonctions directrices du droit européen. Du fait de la combinaison paradoxale entre le caractère fondamentalement ambigu du principe et son rôle toutefois directeur du droit, naîtra de la subsidiarité conventionnelle un outil parfaitement malléable et adaptable, offrant au juge strasbourgeois une liberté interprétative non négligeable. La subsidiarité, au sens du droit de la Convention européenne, va ainsi faire l'objet d'une application variable dans la jurisprudence européenne. Alors qu'il devrait être un principe directeur du droit européen, guidant l'interprétation de la Convention et le contrôle du juge, le principe de subsidiarité se dessine, en pratique, comme un élément de variation de l'étendue du contrôle et donc comme un principe à la libre disposition du juge européen. Adepte du proverbe « faites ce que je dis et non ce que je fais », la Cour européenne semble en effet ne pas suivre avec rigueur ses propres règles jurisprudentielles et procède, de ce fait, à une dénaturation progressive du principe de subsidiarité.

382. Rappelons, à ce titre, que la mise en comptabilité des différents ordres juridiques nationaux suggère de passer par la voie d'une harmonisation des systèmes, c'est-à-dire d'une harmonisation autour de principes communs, établis notamment sur la base d'une interprétation consensuelle. Or, ce consensus européen, *a priori* déterminant dans l'établissement d'un standard européen commun et dans la détermination de l'étendue de la marge nationale d'appréciation, favorise davantage la liberté interprétative du juge européen que l'émergence d'un droit véritablement commun. Par conséquent, si le consensus et la marge – du même fait, imprécise et évolutive – fluctuent donc au gré du raisonnement juridique et du bon vouloir du juge européen, en découle naturellement une application variable – très certainement elle aussi instrumentalisée – du principe même de subsidiarité.

383. Cette application incertaine du principe semble toutefois prendre des allures de véritable stratégie¹³⁰⁴. En effet, le principe ne souffre pas d'une simple mise en œuvre fluctuante dans la jurisprudence européenne – la Cour l'ignorant ou le valorisant opportunément – mais fait l'objet d'une instrumentalisation volontaire de la part du juge de Strasbourg. Or, une telle utilisation du principe confèrera au juge – au-delà d'une souplesse dans l'exercice de son contrôle – un véritable pouvoir d'interprétation et de décision. En effet, puisqu'« *il n'y a pas de stratégie possible sans le pouvoir de faire des choix et la capacité de les mettre en œuvre* », elle suppose une certaine « *liberté des acteurs et un certain usage de cette liberté* »¹³⁰⁵. Le choix de la méthode de la Cour, consistant à faire de l'indétermination du principe de subsidiarité une composante à part entière de son raisonnement juridique, s'inscrit donc au cœur d'une liberté interprétative générale du juge européen¹³⁰⁶. En tant que principe directeur d'interprétation, la subsidiarité permettra au juge de « *conduire toutes les batailles et dans le sens qu'elle veut* »¹³⁰⁷, contrôle du juge qui, sans être pour autant arbitraire, sera néanmoins empreint d'une certaine subjectivité¹³⁰⁸. Comme le souligne à juste titre le Professeur Hélène SURREL, « *la très grande liberté qu'il s'accorde [...] renferme le risque de forcer le sens européen au détriment du respect des particularismes nationaux* »¹³⁰⁹.

384. A la décharge du juge strasbourgeois, ce dernier ne semble pas se jouer des préceptes jurisprudentiels anciennement établis – et notamment du caractère subsidiaire de son contrôle – pour le plaisir, mais inscrire au contraire sa démarche, au cœur d'une véritable politique jurisprudentielle de responsabilisation des Etats membres. Et c'est bien l'existence de cette finalité qui permettra – à notre sens – d'expliquer, voire même de légitimer, le

¹³⁰⁴ « *La stratégie est l'art de déterminer les buts et de choisir les moyens* », M. TROPER, « Préface », in J. MEUNIER, *Le pouvoir du Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, LGDJ, Bruylant, 1994, p. 8.

¹³⁰⁵ J. MEUNIER, *Le pouvoir du Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, op. cit., p. 16.

¹³⁰⁶ Voir, par exemple, O. DE SCHUTTER, « L'interprétation de la Convention européenne : essai en démolition », *RDIDP*, 1992, pp. 83-127 ; G. MALINVERNI, « La Convention EDH et son interprète principal », in *De la Constitution : Etudes en l'honneur de J-F. AUBERT*, Helbing et Lichtenhahn, 1996, pp. 405-417 ; F. SUDRE, « Au-delà du texte...le juge européen », in *Etudes offertes au Professeur M. MIAILLE, Le droit figure du politique*, Université de Montpellier I, 2008, vol. 2, pp. 143-158 ; S. TOUZE, « Les techniques interprétatives des organes de protection des droits de l'homme », *RGDIP*, 2011, n°2, pp. 517-532.

¹³⁰⁷ O. DE SCHUTTER, « L'interprétation de la Convention européenne : essai en démolition », op. cit., p. 92.

¹³⁰⁸ Pour plus de détails s'agissant de la subjectivité du juge européen, voir par exemple, F. RIVIERE, *Les opinions séparées des juges de la Cour EDH*, Bruylant, 2004, p. 398 spéc ; M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, *Le droit ou Les paradoxes du jeu*, PUF, 1992, p. 165 : « *tant qu'on raisonne dans les termes des mythes opposés du « juge bouche de la loi » et du « gouvernement des juges* », on ne saisit rien de la démarche véritable de l'interprétation. L'interprétation combine la contrainte et la liberté » (souligné par nous).

¹³⁰⁹ H. SURREL, « Pluralisme et recours au consensus dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruylant, 2010, p. 64.

raisonnement et les choix opérés par la Cour. L'idée de stratégie du juge doit donc être comprise en ce sens-là, puisqu'il ne s'agit pas d'une mise en œuvre irraisonnablement variable du principe, mais bien motivée dans un intérêt particulier : celui d'une mutation du principe de subsidiarité qui, bien qu'initialement protecteur de l'autonomie nationale et des libertés étatiques, apparaît désormais comme un principe d'encadrement de ces libertés. Deux remarques peuvent ainsi être formulées. D'une part, même si les hypothèses de manipulations du consensus et d'instrumentalisations du principe de subsidiarité restent toutefois – au regard de l'ensemble du corpus jurisprudentiel – globalement restreintes¹³¹⁰, elles ne peuvent être néanmoins ignorées dans la mesure où elles sont à notre avis la marque d'un processus de transformation du principe de subsidiarité. D'autre part, il est fort à penser que – la mutation accomplie et les autorités nationales, de ce fait, « responsabilisées » dans leur rôle prioritaire de protecteur des droits de l'homme – la Cour de Strasbourg renouera avec ses fondamentaux pour de nouveau progressivement adopter une attitude de self-restraint. Par conséquent, si la mise en œuvre stratégique du principe de subsidiarité s'illustre au travers d'une instrumentalisation du principe par le juge européen (**Titre 1**), elle s'explique toutefois au regard de la finalité qu'il poursuit : celle d'inscrire le principe de subsidiarité au cœur d'une politique jurisprudentielle de responsabilisation des Etats (**Titre 2**).

Titre 1 : L'instrumentalisation du principe de subsidiarité par le juge européen

Titre 2 : L'inscription du principe de subsidiarité au cœur d'une politique jurisprudentielle de responsabilisation des Etats

¹³¹⁰ Voir, en ce sens, B. PASTRE-BELDA, « Et si la Cour européenne des droits de l'homme renonçait à l'interprétation consensuelle ? », *RTDH*, 2015, n°101, p. 99.

TITRE 1 : L'INSTRUMENTALISATION DU PRINCIPE DE SUBSIDIARITÉ PAR LE JUGE EUROPÉEN

385. Le principe de subsidiarité, bien que consubstantiel au système de protection des droits de l'homme et directeur du droit européen, apparaît comme un principe désormais en péril car trop souvent instrumentalisé par le juge strasbourgeois. En effet, si le domaine de la protection des droits de l'homme peut justifier une approche avant-gardiste de la part de la Cour dans la mesure où elle se doit d'être le précurseur du développement et de la protection des droits, la critique est toutefois le plus souvent dirigée contre son attitude jugée « *activiste* »¹³¹¹, la Cour allant généralement trop loin dans l'étendue de son contrôle de la compatibilité des mesures nationales¹³¹².

386. Par « instrumentalisation du principe », ce Titre 1^{er} vise donc à démontrer l'utilisation variable du principe de subsidiarité dans la jurisprudence européenne. Mais par « instrumentalisation » est également supposée l'idée d'une manipulation dans une finalité particulière. En effet, selon la définition classique de la notion, l'instrumentalisation suppose de se servir de quelque chose (en l'espèce le principe de subsidiarité) dans le but de parvenir à ses fins (ici – selon notre hypothèse – inscrire le principe au cœur d'une politique jurisprudentielle visant à transformer la subsidiarité-liberté en une subsidiarité-encadrée, source de responsabilisation des Etats membres). L'analyse d'une instrumentalisation du principe de subsidiarité par le juge européen inscrit donc notre présente démonstration d'une utilisation variable du principe et, en pratique, de ses techniques d'expression jurisprudentielle, dans la perspective future d'une finalité expliquant la démarche du juge européen.

387. Cette instrumentalisation du principe de subsidiarité – touchant principalement sa dimension substantielle – s'illustre donc, *a priori*, au travers d'une manipulation des techniques d'expression de la subsidiarité. En effet, la jurisprudence européenne témoigne

¹³¹¹ Voir, notamment, R. TOMA, *La réalité judiciaire de la Cour européenne des Droits de l'Homme : activisme et retenue judiciaire*, Nomos, 2003 et B. DELZANGLES, *Activisme et autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, Fondation Varenne, 2009.

¹³¹² Voir, en ce sens, l'opinion dissidente commune aux juges WILDHABER, COSTA, LORENZEN, KOVLER et JEBENS dans Cour EDH, Gde ch., 6 octobre 2005, *Hirst c. Royaume-Uni* (N°2), req. n°74025/01, Rec. 2005-IX, § 6 : « il est indispensable de se rappeler que la Cour n'est pas un organe législatif et qu'elle doit veiller à ne pas exercer de fonction législative ».

d'une utilisation variable des paramètres d'application de la subsidiarité, que sont la marge nationale d'appréciation et, indirectement, le consensus européen, en tant que principal critère de détermination de cette marge. Puisque ce sont eux qui permettent une traduction jurisprudentielle de la subsidiarité substantielle, leur utilisation détournée se répercute plus ou moins directement sur le principe même de subsidiarité et nuit inévitablement à sa juste application et à son respect. Il conviendra donc, tout d'abord, de démontrer que les critères de la marge d'appréciation et, par conséquent, du consensus européen, font l'objet d'une utilisation fluctuante par le juge européen, si bien qu'ils apparaissent progressivement comme des critères manifestement secondaires de la reconnaissance ou de la négation de la subsidiarité substantielle dans la jurisprudence européenne. Ensuite, parce que le consensus européen et la marge nationale d'appréciation apparaissent finalement comme des paramètres souvent manipulés et qu'il en résulte que la présence ou l'absence d'un consensus n'apparaît plus être le critère prépondérant de la qualification de la marge – et donc de la subsidiarité – il conviendra de déterminer quels sont le ou les éléments qui guident finalement le juge dans la reconnaissance ou l'exclusion de ce principe. Cette instrumentalisation du principe par le juge de Strasbourg s'exprime donc, principalement, au travers de l'utilisation fluctuante des techniques d'expression de la subsidiarité (**Chapitre 1**) et participe, de ce fait, à la redéfinition des critères d'application du principe de subsidiarité (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : L'utilisation fluctuante des techniques d'expression de la subsidiarité

Chapitre 2 : La redéfinition des critères d'application du principe de subsidiarité

CHAPITRE 1 : L'UTILISATION FLUCTUANTE DES TECHNIQUES D'EXPRESSION DE LA SUBSIDIARITÉ

389. Le caractère subsidiaire du système européen de protection des droits de l'homme confère à la Cour, un rôle d'harmonisation des droits nationaux et non une fonction d'uniformisation qui conduirait à marginaliser les particularismes et nier le pluralisme, pourtant indispensables à toutes sociétés démocratiques européennes. Or, il a précédemment été démontré¹³¹³ que c'est la présence d'un consensus entre les Etats parties à la Convention qui justifie l'intervention du juge européen dans le sens d'une harmonisation des droits, tandis que son défaut impose un respect des diversités nationales et se porte donc garant d'une reconnaissance du principe de subsidiarité. L'interprétation consensuelle, en tant que technique interprétative d'harmonisation des droits¹³¹⁴, permet normalement une juste variation de la marge nationale d'appréciation et, par ricochet, du principe même de subsidiarité. Parce que l'interprétation consensuelle constitue donc, *a priori*, le critère d'un respect de la subsidiarité, son « *usage discrétionnaire* »¹³¹⁵ dans la jurisprudence de la Cour européenne sera inévitablement de nature à compromettre la mise en œuvre de la subsidiarité substantielle. Or, l'étude de la jurisprudence européenne témoigne d'une interprétation consensuelle trop souvent instrumentalisée – la qualification de l'ampleur de la marge n'en étant que plus aléatoire – et de moins en moins déterminante de la nature du contrôle – souple ou entier – effectué par la Cour. La critique d'une utilisation tendancieuse du critère du consensus ne semble toutefois pas viser le seul juge européen, comme en attestent, par exemple, certaines opinions dissidentes des juges de la Cour suprême des Etats-Unis¹³¹⁶.

390. Ce constat d'une manipulation des techniques d'expression de la subsidiarité peut notamment s'expliquer au regard de l'indétermination de la méthode d'identification du consensus, peu claire au sein de la jurisprudence européenne. En effet, « *il est flagrant qu'il*

¹³¹³ Voir *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, § 2.

¹³¹⁴ *Ibid.*

¹³¹⁵ V. CLAUDE, *L'interprétation consensuelle de la CEDH*, Mémoire de DEA, Université Montpellier I, IDEDH, 1998, p. 282.

¹³¹⁶ Voir, en ce sens, l'opinion dissidente du juge Antonin SCALIA dans les affaires *Atkins vs Virginia*, 20 juin 2002, 536 U.S. 304 et *Roper vs Simmons*, 1er mars 2005, 543 U.S. 551 et, dans lesquelles, il consacre une grande partie de son raisonnement à la critique de la reconnaissance, par la Cour suprême, d'un consensus national sur la question de l'interdiction de la peine de mort des personnes handicapées mentales ou des mineurs.

n'y a rien de plus aléatoire que l'établissement du consensus »¹³¹⁷. Le défaut de précision jurisprudentielle concernant tant la méthode comparative utilisée par la Cour dans la recherche d'un consensus, que la notion même de dénominateur commun, recèle ainsi les risques d'une instrumentalisation, par le juge européen, de l'éventuelle communauté de vues entre les Etats membres¹³¹⁸. Là encore, l'indéterministe du consensus européen ne semble donc pas anodin mais bien au contraire choyé par le juge européen, qui peut dès lors user du droit comparé comme bon lui semble. Comme le souligne le Professeur David SZYMCZAK, « *le jeu de l'interprétation consensuelle peine souvent à convaincre, en particulier lorsque le recours à l'argument de droit comparé est instrumentalisé au profit d'une solution largement prédéterminée* »¹³¹⁹.

391. L'utilisation des techniques d'expression de la subsidiarité que sont le consensus européen et la marge nationale d'appréciation apparaît donc fluctuante au regard de l'instabilité et des variations du degré de consensus requis par le juge européen (**Section 1**), qui tantôt prend acte d'une simple tendance européenne et d'autres fois, ne se contente pas d'un consensus naissant non solidement établi. Elle est également et surtout fluctuante, au regard de l'incohérence des implications du consensus européen sur l'étendue de la marge nationale d'appréciation (**Section 2**), que ce soit en l'absence ou la présence d'un dénominateur commun, parfois totalement inopérant sur la qualification finale de la marge.

¹³¹⁷ V. CLAUDE, *L'interprétation consensuelle de la CEDH*, op. cit., p. 35.

¹³¹⁸ De manière générale, notons que l'imprécision des notions conventionnelles nécessite naturellement un travail d'interprétation de la part du juge, ne serait-ce que pour appliquer la norme générale aux cas d'espèce et ainsi réinstaurer une correspondance entre le Droit et les situations de fait. Voir, en ce sens, O. DE SCHUTTER, « L'interprétation de la Convention européenne : essai en démolition », *RDISDP*, 1992, pp. 83-127 ; M. MELCHIOR, « Notions "vagues" ou "indéterminées" et "lacunes" dans la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur de Gérard J. WIARDA*, Carl Heymanns Verlag, 1998, pp. 411-419 ; B. DELZANGLES, *Activisme et autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 65.

¹³¹⁹ D. SZYMCZAK, « Rapport introductif : Le principe de subsidiarité dans tous ses états », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, édition Nemesis, Anthemis, 2014, p. 34.

SECTION 1 : L'INSTABILITÉ DU DEGRÉ DE CONSENSUS REQUIS PAR LE JUGE EUROPÉEN

392. La technique de l'interprétation consensuelle – qui suggère au juge européen d'adopter une approche comparative des systèmes juridiques nationaux pour orienter la solution du litige – est, à l'exemple du principe de subsidiarité, une méthode floue et indéterminée. L'indéterminisme de la méthode d'identification du consensus s'illustre, en effet, à plusieurs égards.

En tout premier lieu, elle s'exprime dans l'utilisation interchangeable de diverses formules identifiant « un consensus » et, plus globalement, au regard de l'indétermination de la notion même de « consensus ». En effet, le juge européen recherche tout aussi bien un « *dénominateur commun* »¹³²⁰ aux Etats membres, un « *consensus européen* »¹³²¹ ou « *consensus au sein des Etats contractants* »¹³²², qu'une simple « *approche européenne uniforme* »¹³²³ sur telle ou telle question. Or, cette prolifération des expressions du juge européen – dont nous ne pouvons imaginer qu'elles revêtent une signification strictement identique¹³²⁴ – ne sont évidemment pas de nature à clarifier cette méthode comparative. Le lecteur sera, par ailleurs, à jeun d'une quelconque définition de la notion même de consensus qui pourrait être aussi bien appréciée d'un point de vue qualitatif que quantitatif. La Cour de Strasbourg semble rechercher le plus souvent la présence d'une situation de majorité¹³²⁵ et non unanime¹³²⁶, souvent trop restrictive au regard du nombre d'Etats concernés et de la

¹³²⁰ Cour EDH, Gde ch., 16 juillet 2014, *Hämäläinen c. Finlande*, req. n°37359/09, § 109 ; *JCP G.*, 2014, n°39, 971, veille A. SCHAHMANECHE ; *AJDA*, 2014, n°31, pp. 1763-1765, chron. L. BURGORGUE-LARSEN.

¹³²¹ Cour EDH, Gde ch., 8 juillet 2004, *Vo c. France*, req. n°53924/00, § 82 ; *GACEDH*, n°10 ; *JCP G.*, 2004, n°42, II 10158, comm. M. LEVINET.

¹³²² Cour EDH, Gde ch., 22 avril 2013, *Animal defenders international c. Royaume-Uni*, req. n°48876/08, Rec. 2013, § 123 ; *JCP G.*, n°29, 15 juillet 2013, doct. 855, chron. F. SUDRE ; *AJDA*, 2013, n°31, p. 1794, chron. L. BURGORGUE LARSEN.

¹³²³ Cour EDH, Gde ch., 10 avril 2007, *Evans c. Royaume-Uni*, req. n°6339/05, Rec. 2004, § 79 ; *RTD Civ.*, 2007, n°2, pp. 295-297, note J-P. MARGUENAUD.

¹³²⁴ Voir, entre autres, K. GARCIA, *Le droit civil européen : nouvelle matière, nouveau concept*, Larcier, 2008, p. 143, note de bas de page n°544.

¹³²⁵ Cour EDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, req. n°30141/04, § 105 (*RTD Civ.*, 2010, p. 738, note J.-P. MARGUENAUD ; *RTD Civ.*, 2010, n°4, pp. 765-766, chron. J. HAUSER) : « Néanmoins, les Etats qui offrent une reconnaissance juridique aux couples homosexuels ne constituent pas encore la majorité. Le domaine en cause doit donc toujours être considéré comme un secteur où les droits évoluent, sans consensus établi, et où les Etats doivent aussi bénéficier d'une marge d'appréciation » (souligné par nous).

¹³²⁶ Des hypothèses existent toutefois à l'aune, notamment, de la question d'un droit à l'instruction. Voir, en ce sens, Cour EDH, 23 juillet 1968, *Affaire "relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique" c. Belgique*, req. n°1474/62, série A n°6, § 3 (*GACEDH*, n°9 ; *JT*, 1969, pp. 381-385, obs. J.

divergence des points de vues s'agissant de la protection des droits de l'homme. Cependant, la détermination de la majorité reste floue – la simple convergence des législations européennes n'étant pour autant pas ignorée¹³²⁷ – puisqu'aucun arrêt n'indique si celle-ci doit être simple ou absolue¹³²⁸. Ainsi, la Cour se fonde aussi bien sur « *l'immense majorité des Etats européens* »¹³²⁹ ou la « *grande majorité des États* »¹³³⁰, que sur la simple « *majorité des États membres* »¹³³¹, voire même sur la communauté de vues de « *plusieurs Etats membres du Conseil de l'Europe* »¹³³² ; ce qui laisse une vaste latitude à la Cour pour constater ou non l'existence d'un consensus.

L'indéterminisme de la méthode d'identification du consensus¹³³³ s'explique, en deuxième lieu, au regard de l'absence de méthode comparative stable et rigoureuse, la Cour européenne énonçant le plus souvent le constat d'une absence ou présence d'un consensus sans justification ni démonstration quant à la méthode de détermination de celui-ci. En effet, elle « *ne rend pas véritablement compte des documents sur lesquels elle fonde sa comparaison* »¹³³⁴. Toutefois, il arrive que le juge européen apporte quelques précisions et dans ce cas, semble surtout prendre en considération les normes et législations nationales, sans pour autant ignorer les accords et les conventions européennes ou internationales.

393. L'interprétation consensuelle apparaît donc être une méthode « *aux contours flous* »¹³³⁵ dont « *toute la difficulté réside dans la délimitation du consensus* »¹³³⁶. C'est pourquoi, la jurisprudence de la Cour souffre d'une absence d'uniformité quant au degré de

LEPAFFE) où la Cour constate, pour dégager la portée du "droit à l'instruction" au sens de la première phrase de l'article 2 du Protocole 1 que « *tous les États membres du Conseil de l'Europe avaient à l'époque de l'ouverture du Protocole à leur signature, et ont encore à l'heure actuelle, un système d'enseignement général et officiel* » (souligné par nous).

¹³²⁷ Voir *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 1.

¹³²⁸ V. CLAUDE, *L'interprétation consensuelle de la CEDH*, op. cit., p. 39.

¹³²⁹ Cour EDH, Gde ch., 7 juillet 2011, *Bayatyan c. Arménie*, req. n°23459/03, § 124 ; *JCP G.*, 2011, n°36, p. 1555, note H. SURREL.

¹³³⁰ Cour EDH, 2 octobre 2014, *Matelly c. France*, req. n°10609/10, § 74 ; *JCP G.*, 2014, n°43, 1083, obs. G. GONZALEZ.

¹³³¹ Cour EDH, Gde ch., 16 juillet 2014, *Hämäläinen c. Finlande*, op. cit., § 74.

¹³³² Cour EDH, 2 mars 2010, *Grosaru c. Roumanie*, req. n°78039/01, § 56 ; *RTDH*, 2011, n°85, pp. 153-182, note F. BOUHON.

¹³³³ Pour plus de précisions concernant l'identification d'un consensus par la Cour européenne, voir notamment H. SURREL, « Pluralisme et recours au consensus dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruylant, 2010, p. 65 et suiv.

¹³³⁴ V. CLAUDE, *L'interprétation consensuelle de la CEDH*, op. cit., p. 40.

¹³³⁵ *Ibid.*, p. 35.

¹³³⁶ *Ibid.*

consensus requis par le juge pour orienter sa solution¹³³⁷, juge qui considère tantôt qu'une simple « tendance » est effective et suffit à justifier un contrôle accru, et tantôt prend note de la présence d'un « consensus » naissant, mais non suffisamment établi pour induire un contrôle plus souple (§. 1). L'instabilité du degré de consensus requis est d'autant plus flagrante que la Cour s'appuie, assez régulièrement et depuis plusieurs années déjà, sur l'émergence d'un consensus non plus européen mais international, voire même universel (§. 2).

§1- De la simple « tendance » européenne au consensus solidement établi

394. L'instabilité du degré de consensus requis par le juge européen est considérable. En effet, une analyse approfondie de la jurisprudence européenne montre que la valeur déterminante du consensus européen varie sensiblement selon les affaires et que différents degrés ou seuils de consensus peuvent être exigés par le juge pour orienter significativement la solution du litige. Ainsi, il s'appuie parfois – au fil de son raisonnement juridique – sur une simple tendance ou « *un consensus susceptible d'apparaître* »¹³³⁸ entre les Etats parties à la Convention, sans toutefois illustrer une nette convergence de ceux-ci (A) et exige, d'autres fois, au-delà même d'une approche européenne commune, un consensus solide et stabilisé (B). Ces fluctuations d'appréciation de l'élément consensuel posent inévitablement des problèmes en termes de cohérence de la jurisprudence et de sécurité juridique mais également en termes de légitimité des pouvoirs du juge à statuer dans un sens plutôt qu'un autre.

A- L'identification d'une tendance ou d'un consensus naissant comme critère pertinent

395. Comme le soulignent les juges SAJÓ, KELLER et LEMMENS dans leur opinion dissidente conjointe, sous l'arrêt Hämäläinen contre Finlande, « *la Cour jouit d'une certaine latitude s'agissant de valider l'existence de tendances* »¹³³⁹ européennes. Dans l'arrêt de

¹³³⁷ Voir, en ce sens, L. WILDHABER, A. HJARTARSON et S. DONNELLY, « No Consensus on Consensus ? : The Practice of the European Court of Human Rights », *Human Rights Law Journal*, 2013, vol. 33, p. 258.

¹³³⁸ Cour EDH, Gde ch., 15 mars 2012, *Sitaropoulos et al. c. Grèce*, req. n°42202/07, § 66 ; *JCP G.*, 2012, n°35, doct. 924, chron. F. SUDRE ; *RTDH*, 2014, n°100, p. 937, S. BESSON et A-L. GRAF-BRUGERE.

¹³³⁹ Cour EDH, Gde ch., 16 juillet 2014, *Hämäläinen c. Finlande*, *op. cit.*

Grande chambre Lautsi contre Italie¹³⁴⁰ par exemple – s'agissant de la présence de crucifix dans les écoles publiques et de l'atteinte potentielle au droit des parents d'éduquer leurs enfants selon leurs propres convictions religieuses et philosophiques – elle va choisir de passer sous silence la tendance qui se dessine en Europe en faveur d'une interdiction de telles pratiques. Dans le cadre de sa démonstration, le juge européen va en effet s'en tenir au constat d'une stricte absence de consensus européen sur cette question¹³⁴¹ alors même que le juge ROZAKIS souligne, dans une opinion néanmoins concordante et à laquelle se rallie la juge VAJIC, l'existence d'« *une tendance croissante à proscrire la possibilité d'exposer des crucifix dans les écoles publiques* »¹³⁴². Or, pour reprendre ses termes, la Cour « *a bien sûr la possibilité d'élever cette protection à un niveau supérieur à celui accordé par tel ou tel Etat défendeur, mais à condition toutefois que de solides indications attestent qu'un grand nombre d'autres Etats européens ont déjà adopté ce degré de protection, ou qu'il y ait une tendance manifeste à élever le niveau de protection* »¹³⁴³.

396. Ainsi, la Cour européenne peut différemment apprécier la présence d'une tendance européenne – non suffisamment caractérisée néanmoins pour constituer un véritable consensus – choisissant librement soit de l'ignorer, soit de l'exploiter. Le plus souvent, elle a néanmoins recours à l'argument de la tendance européenne, mais qu'elle utilise là encore de manière variable, considérant parfois cette tendance comme un simple critère secondaire de son raisonnement juridique (1) et plus généralement, comme un critère véritablement déterminant des évolutions jurisprudentielles (2). En clair, « *il y a, pour la Cour, " tendance " et " tendance " selon qu'elle veut [...] ou non [...] mettre à jour un hypothétique " consensus " lui permettant de limiter la marge d'appréciation des États* »¹³⁴⁴.

1- Le recours à l'existence d'une tendance européenne comme critère secondaire du raisonnement juridique

397. Si, de jurisprudence constante, la Cour européenne affirme s'appuyer sur le critère de la présence ou de l'absence d'un consensus entre les pays européens, pour

¹³⁴⁰ Cour EDH, Gde ch., 18 mars 2011, *Lautsi et autres c. Italie*, req. n°30814/06, § 67 ; *JCP G.*, 2011, n°20, 601, note G. GONZALEZ.

¹³⁴¹ *Ibid.*, § 70.

¹³⁴² Opinion concordante du juge ROZAKIS, à laquelle se rallie la juge VAJIC sous l'affaire Cour EDH, Gde ch., 18 mars 2011, *Lautsi et Autres c. Italie*, *op. cit.*

¹³⁴³ *Ibid.*

¹³⁴⁴ F. SUDRE, « Chronique Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G.*, 2012, n°4, doctr. 87.

déterminer l'ampleur de la marge d'appréciation des Etats, elle n'ignore pas pour autant toute tendance européenne, utilisée alors à titre de critère secondaire de son raisonnement juridique puisque non déterminante du résultat adopté. Le juge européen pourra alors procéder de deux manières différentes, soit en réceptionnant l'argument de la tendance pour consolider sa solution, soit en s'y référant sans suivre néanmoins ses implications sur l'étendue et la teneur du contrôle. A l'appui de cette démonstration, deux affaires peuvent être ainsi étudiées, l'une – Vallianatos et autres contre Grèce du 7 novembre 2013 – portant sur l'exclusion des couples de même sexe du champ d'application d'une loi instituant un système de partenariat enregistré et l'autre – A, B et C contre Irlande du 16 décembre 2010 – portant sur la répression pénale de l'avortement sauf en cas de risque avéré pour la vie de la mère.

398. Dans l'arrêt Vallianatos et autres contre Grèce¹³⁴⁵ tout d'abord, la Cour européenne va en effet recourir à l'argument d'une « *tendance qui se dessine actuellement quant à la mise en œuvre de formes de reconnaissance juridique des relations entre personnes de même sexe* »¹³⁴⁶ afin de confirmer son constat de violation de la Convention, sans que l'argument du « consensus » ne soit pour autant déterminant de la solution adoptée. La Cour européenne estime, en l'espèce, qu'« *une législation nationale méconnaît la Convention si elle est contredite par une " tendance " évolutive suffisamment caractérisée* »¹³⁴⁷ et ce, bien qu'« *il n'existe pas de consensus au sein des ordres juridiques des Etats membres du Conseil de l'Europe* »¹³⁴⁸ sur cette question. Elle précise, d'ailleurs, que dix-sept des dix-neuf Etats autorisant une forme de partenariat enregistré autre que le mariage, l'ouvre aux couples de même sexe et que neuf Etats membres autorisent purement et simplement le mariage homosexuel. Mais si la tendance apparaît ici comme un ersatz de l'absence de consensus influençant néanmoins le constat de violation, elle n'en reste pas moins qu'un critère invoqué à « *titre complémentaire* »¹³⁴⁹ – pour reprendre les termes mêmes de la Cour – et ne peut donc être considérée comme décisive de la solution retenue. Le juge européen rappelle d'ailleurs que « *le fait qu'un pays occupe, à l'issue d'une évolution graduelle, une situation isolée quant à un aspect de sa législation n'implique pas forcément que pareil aspect se heurte à la Convention* »¹³⁵⁰. Toutefois, une telle invocation de la tendance à titre complémentaire n'était

¹³⁴⁵ Cour EDH, Gde ch., 7 novembre 2013, *Vallianatos et autres c. Grèce*, req. n°29381/09, Rec. 2013 ; JCP G., 2013, n°49, 1281, obs. F. SUDRE.

¹³⁴⁶ *Ibid.*, § 91.

¹³⁴⁷ F. SUDRE, « Exclusion des couples de même sexe du pacte de vie commune, JCP G., 2013, n°49, 1281.

¹³⁴⁸ Cour EDH, Gde ch., 7 novembre 2013, *Vallianatos et autres c. Grèce*, *op. cit.*, § 91.

¹³⁴⁹ *Ibid.*

¹³⁵⁰ *Ibid.*, § 92.

peut-être pas dénuée de tout intérêt et ce, même si « la messe était déjà dite »¹³⁵¹, dès lors qu'elle permet d'alerter les l'Etats sur l'évolution progressive des sociétés quant à la reconnaissance et protection juridiques des couples de même sexe, et d'ainsi les avertir de l'existence d'un prochain consensus¹³⁵². Cette invocation de la tendance européenne à titre expressément complémentaire du raisonnement juridique, s'illustre également dans l'affaire I.B. contre Grèce où la Cour relève que « *même si tous les États membres du Conseil de l'Europe n'ont pas adopté une législation spécifique en faveur des personnes vivant avec le VIH, il y a une nette tendance globale à protéger ces personnes contre toute discrimination sur leur lieu de travail* »¹³⁵³. Or, si cette nette tendance a, là aussi, certainement influencé le constat de violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention, elle n'est pour autant pas déterminante puisqu'invoquée, là encore, à titre seulement complémentaire¹³⁵⁴.

399. Dans l'arrêt A, B et C contre Irlande ensuite, le juge des droits de l'homme va analyser la présence d'une tendance entre les Etats membres de la Convention, sans toutefois lui accorder de crédit, puisque la solution adoptée vient clairement prendre le contre-pied de la pratique européenne évolutive. Lors du contrôle de la nécessité de l'ingérence, la Cour européenne va, en effet, observer qu'il existe « *une tendance en faveur de l'autorisation de l'avortement [...] dans une majorité substantielle des Etats membres du Conseil de l'Europe* »¹³⁵⁵. Elle précise à ce titre qu'une quarantaine d'Etats autorisent l'avortement pour des raisons de santé ou de bien-être alors que seulement trois Etats sont plus restrictifs que l'Irlande et interdisent donc de manière pure et simple l'interruption de grossesse. L'Irlande n'en reste pas moins « *le seul Etat qui autorise l'avortement uniquement en cas de risque pour la vie de la future mère* »¹³⁵⁶. Ainsi, la Cour constate explicitement la présence d'une très nette tendance – pour ne pas dire consensus – en faveur d'un accès à l'avortement pour des motifs plus larges que ceux prévus par le droit irlandais, sans toutefois en tirer les

¹³⁵¹ En excluant les couples homosexuels du pacte de vie commune, la loi a en effet introduit une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle des intéressés et seules de « *très fortes raisons* » (quasi-inexistantes) peuvent justifier une différence de traitement de ce type.

¹³⁵² Voir, en ce sens, l'avancée jurisprudentielle parachevée par l'arrêt Cour EDH, 21 juillet 2015, *Oliari et autres c. Italie*, req. n°18766/11 et al. (*JCP G.*, 2015, n°36, 927, obs. F. SUDRE ; *Dalloz*, 2015, n°37, pp. 2160-2164, obs. H. FULCHIRON), dans lequel la Cour considère désormais que l'absence d'union civile pour les couples de même sexe est contraire au droit au respect de la vie privée et familiale, et dégage ainsi une obligation positive de reconnaissance et de protection juridique des couples de même sexe.

¹³⁵³ Cour EDH, 3 octobre 2013, *I.B. c. Grèce*, req. n°552/10, Rec. 2013, § 83 (souligné par nous) ; *JCP G.*, 2013 n°42, 1081, B. PASTRE-BELDA.

¹³⁵⁴ *Ibid.*

¹³⁵⁵ Cour EDH, Gde ch., 16 décembre 2010, *A, B et C c. Irlande*, req. n°25579/05, § 235 (souligné par nous) ; *JCP G.*, 2011, n°3, 58, obs. M. LEVINET ; *JCP G.*, 2011, n°4, doct. 94, chron. F. SUDRE.

¹³⁵⁶ *Ibid.*

conséquences quant à la solution à venir. En effet, au terme de son analyse de la convergence des législations nationales, elle vient neutraliser cette tendance par l'invocation – quelque peu parachutée – d'un défaut de consensus sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie¹³⁵⁷ et ainsi conditionner sa solution de non-violation de l'article 8 de la Convention¹³⁵⁸. Bien que constaté et réceptionné par la Cour, l'argument de la tendance européenne apparaît donc – en considération de la solution retenue – inopérant au cas d'espèce.

400. Si ces affaires sont plus ou moins caractéristiques d'une instrumentalisation du consensus au regard de ses implications sur l'étendue de la marge nationale d'appréciation¹³⁵⁹, elles démontrent avant tout la réception variable de la tendance européenne, parfois invoquée à l'appui de la démonstration sans qu'elle n'ait d'impact sur les conclusions retenues et d'autres fois appréciée comme un argument de poids qui oriente manifestement la solution du litige.

2- Le recours à l'existence d'une tendance européenne comme critère déterminant des évolutions jurisprudentielles

401. Lorsque le juge des droits de l'homme fait appel à la tendance européenne dans le cadre de son raisonnement juridique, c'est généralement pour lui attribuer une valeur déterminante, venant au soutien de son interprétation évolutive. Plusieurs exemples peuvent ainsi être recensés comme attestant du rôle décisif de la tendance européenne dans la solution retenue par le juge à l'exemple, tout d'abord, de l'affaire Sorensen et Rasmussen du 11 janvier 2006¹³⁶⁰ concernant l'incompatibilité des accords de monopole syndical avec l'article 11 de la Convention.

402. Si dans un premier temps, la Cour constate dans cette affaire un « *fort degré de divergence entre les systèmes nationaux [...] quant à la manière d'assurer la liberté syndicale* »¹³⁶¹, elle note, dans un second temps, l'existence d'une « *tendance qui se dessine dans les Etats contractants, consistant à estimer que ces accords ne sont pas indispensables pour la défense des intérêts des syndicats* »¹³⁶². Or, cette tendance s'avère particulièrement

¹³⁵⁷ *Ibid.*, § 237. Elle se réfère en l'espèce aux conclusions de l'arrêt Cour EDH, Gde ch., 8 juillet 2004, *Vo c. France*, req. n°53924/00, § 82 ; *GACEDH*, n°10 ; *JCP G.*, 2004, n°42, II 10158, comm. M. LEVINET.

¹³⁵⁸ S'agissant des deux premières requérantes seulement.

¹³⁵⁹ Voir *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, § 1.

¹³⁶⁰ Cour EDH, Gde ch., 11 janvier 2006, *Sorensen et Rasmussen c. Danemark*, req. n°52562/99 et al., Rec. 2006-I ; *Droit social*, 2006, n°11, pp. 1022-1025, chron. J-P. MARGUENAUD et J. MOULY.

¹³⁶¹ *Ibid.*, § 58.

¹³⁶² *Ibid.*, § 70 (souligné par nous).

importante puisque la Cour précise que finalement « *seul un nombre très limité d'Etats contractants, dont le Danemark et l'Islande, autorise encore la conclusion d'accords de monopole syndical* »¹³⁶³. Il existe donc une nette tendance en la matière, tendance que la Cour se refuse pourtant à identifier comme un consensus, préférant en rester au constat générique selon lequel « *les Etats contractants ne sont guère favorables au maintien des accords de monopole syndical* »¹³⁶⁴. Si cette tendance européenne n'est pas encore suffisamment stable et évoluée pour former un véritable consensus, cela n'empêchera toutefois pas le juge européen de réduire sensiblement la marge d'appréciation du Danemark au point de retenir – sur la base de cette tendance ou consensus déguisé et en contrariété avec l'ample marge d'appréciation normalement conféré en matière syndicale¹³⁶⁵ – une violation de l'article 11 de la Convention.

403. L'arrêt *Schalk et Kopf contre Autriche*¹³⁶⁶, portant sur l'interdiction légale du mariage pour les personnes de même sexe, est également topique de la réception par la Cour de l'existence d'une tendance européenne comme critère décisif de son raisonnement juridique. Dans cette affaire, la Cour vient très clairement s'appuyer sur la présence d'une tendance européenne en faveur d'une reconnaissance juridique des couples de même sexe pour considérer désormais que les relations homosexuelles entrent dans le champ d'application de la notion de vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention. En effet, si ce type de relations ne relevait jusqu'alors que de la seule notion de vie privée¹³⁶⁷, elle considère désormais que le couple formé par deux personnes de même sexe doit être apprécié, au même titre qu'un couple hétérosexuel, comme relevant de la notion de vie familiale¹³⁶⁸. Or, cette extension non négligeable de l'applicabilité du droit au respect de la vie privée et familiale est directement fondée sur le constat d'« *une évolution rapide dans de nombreux Etats membres* »¹³⁶⁹ de la considération des couples homosexuels. La Cour note en ce sens, qu'« *un nombre considérable d'Etats membres ont accordé une reconnaissance juridique aux couples homosexuels* »¹³⁷⁰. Cette convergence n'en reste pas moins au stade de la tendance

¹³⁶³ *Ibid.*

¹³⁶⁴ *Ibid.*

¹³⁶⁵ *Ibid.*, § 58.

¹³⁶⁶ Cour EDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, req. n°30141/04 ; *RTD Civ.*, 2010, p. 738, note J.-P. MARGUENAUD ; *RTD Civ.*, 2010, n°4, pp. 765-766, chron. J. HAUSER.

¹³⁶⁷ Cour EDH, 10 mai 2001, *Mata Estevez c. Espagne*, req. n°56501/00, Rec. 2001-VI.

¹³⁶⁸ Confirmé notamment par Cour EDH, Gde ch., 7 novembre 2013, *Vallianatos et autres c. Grèce*, *op. cit.*, § 73.

¹³⁶⁹ Cour EDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, *op. cit.*, § 93.

¹³⁷⁰ *Ibid.*

européenne, la Cour n'hésitant pas à souligner que, malgré ce consensus qui se fait jour, « *les Etats qui offrent une reconnaissance juridique aux couples homosexuels ne constituent pas encore la majorité* »¹³⁷¹. Ainsi, elle conclut à la non-violation de l'article 14 combiné à 8 puisque « *le domaine en cause doit toujours être considéré comme un secteur où les droits évoluent, sans consensus établi, et où les Etats doivent aussi bénéficier d'une marge d'appréciation pour choisir le rythme d'adoption des réformes législatives* »¹³⁷². Cette affaire est donc particulièrement intéressante dans la mesure où elle démontre combien la tendance européenne ou consensus naissant peut être déterminant des évolutions jurisprudentielles, au stade de l'applicabilité notamment, et en même temps insuffisant, au stade de l'application du droit, pour conclure à la violation de la Convention¹³⁷³.

404. En renfort de cette démonstration et à titre d'exemple parmi d'autres, peut être également citée la jurisprudence Konstantin Markin contre Russie du 22 mars 2012¹³⁷⁴ concernant l'exclusion des militaires de sexe masculin du droit au congé parental. Dans cette affaire, le juge européen va tout d'abord rappeler – au titre des principes généraux – que son rôle lui impose de « *tenir compte de l'évolution de la situation dans les Etats contractants et de réagir, par exemple, au consensus susceptible de se faire jour quant aux normes à atteindre* »¹³⁷⁵. Dans le cadre de l'application des principes au cas d'espèce et de la détermination de l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe, la Cour constate ensuite que « *dans un nombre important d'Etats membres* »¹³⁷⁶ – sans toutefois qu'un consensus ne soit expressément signalé – les militaires de sexe masculin ont droit au congé parental. Or, c'est bien sur le fondement de ces éléments notamment, que la Cour conclut à une différence de traitement constituant une discrimination fondée sur le sexe et ce, malgré le contexte particulier des forces armées. En l'espèce, l'élément consensuel de la tendance européenne

¹³⁷¹ *Ibid.*, § 105.

¹³⁷² *Ibid.*, (souligné par nous).

¹³⁷³ Voir, dans le même sens, Cour EDH, Gde ch., 18 janvier 2001, *Chapman c. Royaume-Uni*, req. n°27238/95, Rec. 2001-I ainsi que K. GARCIA, *Le droit civil européen : nouvelle matière, nouveau concept*, Larcier, 2008, p. 149 où l'auteur explique que la Cour « *aurait pu se retrancher derrière le même argument [d'une absence d'assentiment des Etats quant à la manière de protéger la minorité tzigane] pour en déduire l'inapplicabilité de l'article 8. Elle fait pourtant le choix de se laisser influencer par le consensus, sur le seul terrain de l'applicabilité et l'estime par la suite insuffisant* ».

¹³⁷⁴ Cour EDH, Gde ch., 22 mars 2012, *Konstantin Markin c. Russie*, req. n°30078/06 ; JCP G., 2012, n°35, pp. 1531-1537, chron. F. SUDRE.

¹³⁷⁵ *Ibid.*, § 126 (souligné par nous).

¹³⁷⁶ *Ibid.*, § 147.

vient clairement impacter la solution du litige et apparaît, par là-même, déterminante des évolutions jurisprudentielles en faveur d'une protection accrue des droits proclamés.

405. A l'inverse, la tendance européenne – prise dans sa dimension négative – peut être déterminante de la retenue du juge européen. Dans une affaire *Kafkaris* contre Chypre du 12 décembre 2008¹³⁷⁷ – concernant le maintien en réclusion perpétuelle comme potentiellement contraire à l'article 3 de la Convention – la Cour européenne relève qu'à « l'heure actuelle aucune norme claire et communément admise ne se dégage au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe »¹³⁷⁸ s'agissant du réexamen et de l'aménagement des peines perpétuelles. Selon la Cour, l'absence de convergence est telle qu'il est même impossible de discerner une « *tendance nette en ce qui concerne un dispositif de libération anticipée* »¹³⁷⁹ si bien, qu'elle ne peut que conclure à un constat de non-violation de la Convention. Cette affaire met donc en lumière une prise en compte de l'absence de tendance européenne qui, dans sa dimension négative, peut également se dessiner comme un critère déterminant de la solution adoptée.

406. Ainsi s'illustre toute l'incohérence de la jurisprudence de la Cour qui, selon les litiges et parfois au sein d'une même affaire¹³⁸⁰, apprécie la tendance européenne comme à la fois significative et insuffisante, réclamant dans le deuxième cas, un consensus non seulement existant mais aussi solide et stabilisé.

B- L'exigence d'un consensus solide et stabilisé comme critère déterminant

407. De jurisprudence constante, la Cour européenne apprécie la Convention comme un instrument vivant de la protection des droits¹³⁸¹, lui imposant donc d'une part, de « *tenir compte de l'évolution de la situation dans l'Etat défendeur et dans les Etats contractants en*

¹³⁷⁷ Cour EDH, Gde ch., 12 février 2008, *Kafkaris c. Chypre*, req. n°21906/04, Rec. 2008 ; *JCP G.*, 2008, n°30, I-167, p. 28, chron. F. SUDRE.

¹³⁷⁸ *Ibid.*, § 104.

¹³⁷⁹ *Ibid.*, § 104 (souligné par nous).

¹³⁸⁰ Voir, en ce sens, Cour EDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, req. n°30141/04 ; *RTD Civ.*, 2010, p. 738, note J.-P. MARGUENAUD ; *RTD Civ.*, 2010, n°4, pp. 765-766, chron. J. HAUSER.

¹³⁸¹ Voir, entre autres, Cour EDH, 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, req. n°5856/72, § 31 ; *AFDI*, 1978, pp. 400-402, comm. R. PELLOUX ; Cour EDH, Gde ch., 28 juillet 1999, *Selmouni c. France*, req. n°25803/94, Rec. 1999-V, § 101 ; *GACEDH*, n°14 ; *JCP G.*, 1999, n°44, II 10193, comm. F. SUDRE ; *RGDIP*, 2000, n°1, pp. 181-203, comm. G. COHEN-JONATHAN ; Cour EDH, Gde ch., 15 mars 2012, *Austin et autres c. Royaume-Uni*, req. n°39692/09 et al., Rec. 2012, § 53 ; *JCP G.*, 2012, n°15, 455, obs. F. SUDRE ; *JDI*, 2013, n°4, pp. 1229-1233, note A. SCHILL.

général »¹³⁸² et d'autre part, « *de réagir, par exemple, au consensus susceptible d'apparaître quant aux normes à atteindre* »¹³⁸³. Mais si la règle semble être de devoir réagir face à un consensus encore naissant, afin d'accompagner et de favoriser les évolutions de la société, celle-ci est loin d'être systématiquement respectée¹³⁸⁴.

408. La voie vers une stagnation, pour ne pas dire régression, de la protection des droits a ainsi été ouverte par une affaire S.H contre Autriche du 3 novembre 2011¹³⁸⁵, portant sur l'interdiction des dons d'ovules et de sperme en vue d'une fécondation in vitro. La Cour va en effet se livrer – du fait de sa pusillanimité – à un contrôle des plus timorés. Se plaçant sur le terrain du droit au respect de la vie privée et familiale, elle ne va pas hésiter – lors de son contrôle de la nécessité de l'ingérence – à anéantir le poids du consensus par une appréciation inattendue du degré de convergence désormais requis pour être jugé déterminant.

Comme à son habitude, le juge va ainsi se livrer à une étude comparative de la situation dans les pays européens lui permettant de constater expressément « *que les Etats contractants ont aujourd'hui clairement tendance à autoriser dans leur législation le don de gamètes à des fins de fécondation in vitro, tendance qui traduit l'émergence d'un consensus européen* »¹³⁸⁶. Si, là encore, tendance et consensus semblent finalement se rejoindre, « *ce consensus qui semble se dessiner* » n'est toutefois pas suffisant aux yeux de la Cour, qui place ici le curseur du degré du consensus bien plus haut qu'il ne l'avait jamais été. Elle considère, en effet, que cette communauté de vues correspond plus « *à un stade de l'évolution d'une branche du droit particulièrement dynamique qu'à des principes établis de longue date dans les ordres juridiques des Etats membres, raison pour laquelle il ne peut restreindre de manière décisive la marge d'appréciation de l'Etat* »¹³⁸⁷. La Cour semble ici prendre un virage à 180 degrés et affirmer qu'elle se doit désormais de réagir uniquement face à un consensus existant et

¹³⁸² Voir, notamment, Cour EDH, Gde ch., 18 janvier 2001, *Coster c. Royaume-Uni*, req. n°24876/94, § 84 ; Cour EDH, Gde ch., 28 mai 2002, *Stafford c. Royaume-Uni*, req. n°46295/99, § 68 ; Cour EDH, Gde ch., 12 avril 2006, *Martinie c. France*, req. n°58675/00, § 54 ; Cour EDH, Gde ch., 7 février 2013, *Fabris c. France*, req. n°16574/08, § 56 (souligné par nous).

¹³⁸³ *Ibid.*, (souligné par nous).

¹³⁸⁴ Voir, par exemple, Cour EDH, Gde ch., 22 avril 2013, *Animal defenders international c. Royaume-Uni*, req. n°48876/08, Rec. 2013, *JCP G.*, 2013, n°29, doctr. 855, chron. F. SUDRE ; *AJDA*, 2013, n°31, p. 1794, chron. L. BURGORGUE LARSEN. Dans cette affaire, la Cour européenne considère que la « tendance » (§ 123) à abandonner les interdictions larges est néanmoins concurrencée par la grande diversité des méthodes de réglementation de la publicité politique payante, si bien qu'en l'espèce, il n'existe pas de consensus au sein des Etats contractants, la marge d'appréciation du Royaume-Uni étant par conséquent élargie.

¹³⁸⁵ Cour EDH, Gde ch., 3 novembre 2011, *S.H. et autres c. Autriche*, req. n°57813/00 ; *RTD Civ.*, 2012, n°2, pp. 283-285, chron. J.-P. MARGUENAUD ; *JCP G.*, 2011, n°47, 1291, obs. C. PICHERAL ; *JCP G.*, 2012, n°4, doctr. 87, chron. F. SUDRE.

¹³⁸⁶ *Ibid.*, § 96 (souligné par nous).

¹³⁸⁷ *Ibid.*

stabilisé. Elle conclut donc à la non-violation de l'article 8 de la Convention et ce, malgré le constat réitéré au terme de l'arrêt du retard de l'Autriche, face à l'évolution rapide que connaissent la science et la société dans le domaine de la procréation artificielle¹³⁸⁸. Face à ce malaise, elle tente de consolider sa motivation en affirmant que « *la Cour constitutionnelle a précisé que ces données n'étaient pas figées et qu'elles pouvaient subir des évolutions dont le législateur devrait tenir compte* »¹³⁸⁹. Mais pourquoi ne prend-t-elle donc pas acte de ces évolutions – qu'elle signale expressément d'ailleurs¹³⁹⁰ – postérieures au prononcé de la Cour constitutionnelle – datant de 1997 ! – et du manquement du législateur en la matière ?

Cette innovation du juge européen n'est évidemment pas passée inaperçue et a ainsi suscité la critique des juges eux-mêmes qui s'inquiètent de cette « *dimension nouvelle* »¹³⁹¹ que la Cour donne au critère du consensus. Plus gênant encore est le réhaussement non négligeable du seuil de ce consensus, ce qui rend son caractère opératoire d'autant plus limité lorsque envisagé dans le sens d'une harmonisation des droits et laisse, à l'inverse, à la marge nationale d'appréciation, une extension potentiellement illimitée¹³⁹². Un commentateur a aussi fait remarquer le risque de voir le consensus perdre toute utilité dès lors que, dans des domaines sensibles tels que la question éminemment mouvante de la procréation médicalement assistée, il est particulièrement « *difficile d'imaginer un moment où une position commune sera à la fois stabilisée mais non encore obsolète* »¹³⁹³.

409. Si l'on avait pu espérer cette jurisprudence isolée, elle s'est malheureusement vue confirmer, un an plus tard, dans une affaire Hristozov et autres contre Bulgarie¹³⁹⁴ traitant de la délicate question du refus des autorités bulgares de permettre, à titre expérimental, l'administration d'un traitement non autorisé pour des malades souffrant d'un cancer en phase terminale. Se plaçant sur le terrain de l'article 8 de la Convention et faisant fi des nombreuses critiques opposées à cette affaire, la Cour vient directement s'appuyer sur son précédent S.H contre Autriche – lors de la détermination de la marge nationale d'appréciation – pour

¹³⁸⁸ *Ibid.*, § 117.

¹³⁸⁹ *Ibid.*

¹³⁹⁰ *Ibid.*, § 84.

¹³⁹¹ Opinion dissidente commune aux juges TULKENS, HIRVELÄ, LAZAROVA TRAJKOVSKA, § 8 sous l'arrêt Cour EDH, Gde ch., 3 novembre 2011, *S.H. et autres c. Autriche*, *op. cit.*

¹³⁹² *Ibid.*

¹³⁹³ N. HERVIEU, « Recul de la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme sur les techniques de procréation médicalement assistée (PMA) », *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 6 novembre 2011.

¹³⁹⁴ Cour EDH, 13 novembre 2012, *Hristozov et autres c. Bulgarie*, req. n°47039/11 et al., Rec. 2012 ; *RTDH*, 2013, n°96, pp. 945-957, comm. J-P. MARGUENAUD.

rappeler, tout d'abord, son principe générique selon lequel « *lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe, que ce soit sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger, en particulier lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates, la marge d'appréciation est plus large* »¹³⁹⁵. Si la référence pouvait nous sembler osée dans la mesure où un tel rappel pouvait se faire en référence à un nombre incalculable d'autres arrêts, elle n'était toutefois pas anodine au vu des conclusions retenues par le juge. Constatant, en effet, qu'« *un certain nombre de ces Etats ont prévu dans leur droit interne des exceptions, notamment dans le cas de patients souffrant d'une maladie en phase terminale, à la règle selon laquelle seuls les médicaments autorisés peuvent être utilisés à des fins de traitement médical* »¹³⁹⁶, elle ne peut que reconnaître qu'il existe « *aujourd'hui, au sein des Etats contractants, une tendance claire à permettre [...] l'utilisation de médicaments non autorisés* »¹³⁹⁷. Cette claire tendance qui n'est autre, selon l'aveu de la Cour elle-même, qu'un « consensus » européen, n'est toutefois pas – là encore – suffisant puisqu'il ne représente qu'un consensus naissant, ne reposant pas encore « *sur les principes établis du droit des Etats contractants* »¹³⁹⁸, ni ne permettant de clarifier la manière dont cette utilisation doit être réglementée. Si l'on comprend mieux désormais le pourquoi de la référence, on s'étonne toujours des fluctuations du degré de consensus requis par le juge pour être considéré comme un critère déterminant de l'ampleur de la marge qui, en l'espèce, demeure donc large, la Cour concluant à une non-violation de l'article 8 de la Convention.

410. Il est donc évident que la valeur déterminante du consensus européen est variablement appréciée, selon les affaires et leur contexte, par le juge européen. Parfois, il s'appuie sur le critère d'une simple tendance européenne qui, différemment appréciée également, peut être soit insuffisante pour déterminer l'ampleur de la marge, soit déterminante de son raisonnement juridique et des évolutions jurisprudentielles en découlant. D'autres fois, il ne prend acte que des changements stables et non encore évolutifs, exigeant alors un consensus solide et stabilisé pour venir réduire la marge d'appréciation des Etats. De la simple tendance au consensus solidement établi, l'instabilité du degré de consensus requis par le juge européen atteint toutefois des sommets lorsque la Cour donne une toute autre dimension à ce consensus européen, devenant parfois international, voire même universel.

¹³⁹⁵ *Ibid.*, § 118.

¹³⁹⁶ *Ibid.*, § 123.

¹³⁹⁷ *Ibid.*

¹³⁹⁸ *Ibid.*

§2- L'internationalisation contestable du consensus européen

411. Une limite semble avoir été franchie quant à l'instabilité du degré de consensus requis lorsque le juge européen – ne se suffisant plus d'une simple tendance ou d'un consensus européen stabilisé – donne une dimension nouvelle à l'élément consensuel en piochant désormais dans le droit international, pour démontrer qu'il existe bien une communauté de vues sur telle ou telle question. Or, si de jurisprudence constante, la Cour affirme se servir de « *toute règle pertinente de droit international* »¹³⁹⁹ pour interpréter le texte conventionnel, il en va néanmoins différemment, s'agissant de la détermination même du consensus, qui représente un élément permettant *a priori* de justifier l'intervention ou la retenue du juge européen et lui offre ainsi toute légitimité pour sanctionner l'Etat récalcitrant à se conformer au standard européen commun. Toutefois, ce n'est que lorsque la Cour démontre qu'il existe bien une communauté de vues au sein du système européen – et donc entre les Etats parties à la Convention – qu'elle sera légitime à imposer un rehaussement du seuil de protection dans l'Etat concerné.

412. Mais parce que le consensus est un élément déterminant de l'étendue du contrôle du juge, il n'est guère étonnant qu'il soit recherché par tous les moyens.

La Cour a par exemple régulièrement procédé à la combinaison « interprétation consensuelle / interprétation évolutive »¹⁴⁰⁰ afin d'imposer d'une part, une approche évolutive lorsqu'existe un consensus européen et d'autre part, d'apprécier de manière progressiste le consensus naissant et d'ainsi démontrer le bien-fondé de sa jurisprudence dynamique. Dans cette optique, la Cour a également eu tendance à élargir son champ de référence dans sa démarche comparative d'une recherche d'un dénominateur commun aux Etats membres, puisant alors dans le droit non seulement « européen » mais aussi international. Cette

¹³⁹⁹ Cour EDH, Gde ch., 19 septembre 2014, *Hassan c. Royaume-Uni*, req. n°29750/09, § 100 ; *JCP G.*, 2014, n°41, 1022, obs. B. PASTRE-BELDA ; *RTDH*, 2015, n°102, comm. P. FRUMER ; Cour EDH, Gde ch., 27 mai 2014, *Marguš c. Croatie*, req. n°4455/10, § 129 ; *JCP G.*, 2014, n°28, doct. 832, chron. F. SUDRE ; Cour EDH, Gde ch., 12 septembre 2012, *Nada c. Suisse*, req. n°10593/08, § 169 ; *RTDE*, 2013, n°3, pp. 515-530, note R. TINIERE.

¹⁴⁰⁰ Voir, en ce sens, Cour EDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n°6833/74, série A n°31, § 41 (*GACEDH*, n°51) : « la Cour rappelle que [la Convention] doit s'interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui [et qu'] en l'espèce, elle ne peut pas ne pas être frappée par un phénomène : le droit interne de la grande majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe a évolué et continue d'évoluer, corrélativement avec les instruments internationaux pertinents ... » ou, plus récemment, Cour EDH, *Haas c. Suisse*, 20 janvier 2011, req. n°31322/07, § 55 (*JCP G.*, Chron. F. SUDRE, 2011, n°35, pp. 1506-1512) : « la Convention et ses Protocoles doivent s'interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui [mais que] toutefois, les recherches effectuées par la Cour lui permettent de conclure que l'on est loin d'un consensus au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe quant au droit d'un individu de choisir quand et de quelle manière il veut mettre fin à ses jours ».

internationalisation du consensus est principalement induite par une démultiplication des sources d'interprétation du juge européen qui, face au phénomène contemporain de la mondialisation du droit, le conduit progressivement vers une interprétation globalisante¹⁴⁰¹ ou interprétation croisée de la Convention européenne avec d'autres sources du droit international des droits de l'homme.

Notons, toutefois, que tout recours aux sources externes à la Convention n'induit pas nécessaire une pratique de la globalisation des sources, les phénomènes de démultiplication et de globalisation devant donc être distingués. En effet, la pratique d'une « démultiplication des sources » d'interprétation du juge ne le conduit pas systématiquement à pratiquer une lecture globalisante de celles-ci. La Cour peut alors recourir aux sources externes pour venir conforter et consolider la décision prise sur le fondement de la Convention et ainsi procéder à une saine diversification de ses sources d'inspiration, sans pour autant dégager, de l'ensemble des sources internes et externes exploitées, une source unique et globale s'imposant aux Etats membres au même titre que la Convention européenne.

Il n'en reste pas moins que « *le métissage juridique de son raisonnement interprétatif semble alimenter les craintes d'une instrumentalisation forcenée et incontrôlable de l'interprétation consensuelle, élargie à la seule discrétion de la Cour* »¹⁴⁰² européenne. Par cette pratique du « métissage », elle multiplie en effet ses chances de succès quant à la découverte d'une communauté de vues sur telle ou telle question et se joue ainsi de la fonction persuasive du consensus européen. A l'inverse, cette tendance à l'internationalisation du consensus contribue également au renforcement de la protection des droits, grâce à un entrecroisement des sources protectrices des droits de l'homme et un rehaussement subséquent du standard de protection¹⁴⁰³. Si cette méthode peut donc être honorable lorsqu'elle ne fait qu'appuyer et donc renforcer un consensus européen existant, elle est toutefois critiquable lorsqu'en l'absence de consensus européen, la Cour européenne lui substitut un consensus international, ce qui – dans cette seconde hypothèse – alimente le pouvoir normatif du juge. En raison d'une démultiplication des sources d'interprétation du

¹⁴⁰¹ Voir, en ce sens, F. SUDRE, « L'interprétation constructive de la liberté syndicale, au sens de l'article 11 de la Convention EDH », *JCP G.*, 2009, n°5, II 10018 ; P. WACHSMANN, « Réflexions sur l'interprétation globalisante de la Convention européenne des droits de l'homme », in *La conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA*, Dalloz, 2011, pp. 667-676.

¹⁴⁰² G. GONZALEZ, « Le jeu de l'interprétation consensuelle », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, édition Nemesis, Anthemis, 2014, pp. 135-136.

¹⁴⁰³ S. TOUZE, « Les techniques interprétatives des organes de protection des droits de l'homme », *RGDIP*, 2011, n°2, p. 525.

juge européen (A), la Cour a donc désormais tendance à rechercher, non seulement un consensus entre les Etats membres à la Convention, mais parfois également un « consensus international » voire même « universel » (B).

A- La démultiplication des sources d'interprétation du juge, cause d'une internationalisation du consensus

413. Si la Convention européenne et la jurisprudence afférente¹⁴⁰⁴ sont évidemment les sources d'interprétation principales du juge de Strasbourg, est également mentionné au cœur du préambule de ladite Convention, le lien intrinsèque qui unit les droits conventionnels et ceux de la Déclaration universelle des droits de l'homme, faisant donc logiquement de ce texte, une source d'inspiration privilégiée.

414. Cependant, l'heure est à la démultiplication des sources d'interprétation du juge européen¹⁴⁰⁵, ce qui certes permet d'asseoir la légitimité de sa motivation, mais pose également problème dès lors que ces sources internationales font d'une part l'objet d'une utilisation opportuniste dans la jurisprudence européenne et qu'elles prennent d'autre part, un poids déterminant dans le raisonnement juridique et l'identification du consensus. En effet, cette prolifération des sources d'interprétation – la Cour se référant tout aussi bien aux droits nationaux des Etats membres, aux décisions de justice des cours suprêmes étrangères, qu'aux instruments internationaux contraignants ou de soft law, ratifiés ou non par les Etats contractants etc. – participe manifestement aux incohérences jurisprudentielles de l'établissement du consensus. Or, conformément au principe de subsidiarité, les sources pertinentes doivent être – outre la Convention et sa jurisprudence – les traditions juridiques

¹⁴⁰⁴ Dans l'arrêt Cour EDH, Gde ch., 18 janvier 2001, *Chapman c. Royaume-Uni*, req. n°27238/95, Rec. 2001-I, § 70 (GACEDH, n°46) : « la Cour considère qu'il est dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité et de l'égalité devant la loi qu'elle ne s'écarte pas sans motif valable des précédents ». Cependant, dans l'arrêt Cour EDH, 27 septembre 1990, *Cossey c. Royaume-Uni*, req. n°10843/84, série A n°184, § 35 : elle affirme qu'elle « ne se trouve pas liée par ses décisions antérieures [...]. Elle a toutefois coutume d'en suivre et appliquer les enseignements, dans l'intérêt de la sécurité juridique et du développement cohérent de la jurisprudence relative à la Convention. Cela ne l'empêcherait pourtant pas de s'en écarter si des raisons impérieuses lui paraissaient le demander. Un tel revirement pourrait, par exemple, se justifier s'il servait à garantir que l'interprétation de la Convention cadre avec l'évolution de la société et demeure conforme aux conditions actuelles ».

¹⁴⁰⁵ Voir, notamment, S. TOUZE, « Les techniques interprétatives des organes de protection des droits de l'homme », *RGDIP*, 2011, n°2, p. 526 et suiv. ; G. GONZALEZ (dir.), « Les sources internationales dans la jurisprudence de la Cour EDH », *Cahiers de l'IDEDH*, n°11, 2007, pp. 307-466 ; P. WACHSMANN, « Réflexions sur l'interprétation globalisante de la Convention européenne des droits de l'homme », in *La conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA*, Dalloz, 2011, pp. 667-676 ; A. SCHAHMANECHE, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, Pedone, 2014, p. 525 et suiv.

des Etats membres ainsi que les divers instruments élaborés dans le cadre du Conseil de l'Europe, puisque attestant de l'existence ou de l'absence d'un consensus au niveau *européen*. Pourtant, la Cour se réfère fréquemment à des sources extérieures aux accords européens et contribue ainsi à une prolifération de ses sources d'interprétation (1), ce qui participe – dans certaines hypothèses¹⁴⁰⁶ – à alimenter son pouvoir interprétatif et normatif, et l'éloigne d'autant plus d'un strict respect du principe de subsidiarité (2).

1- La prolifération des sources du juge européen

415. Si la thématique d'une prolifération des sources internes et externes d'interprétation du juge européen n'est pas nouvelle et ne nécessite donc pas d'amples développements, un bref rappel – non exhaustif cependant – de la diversité des sources s'impose néanmoins, en tant que terreau d'une internationalisation subséquente du consensus européen.

416. *Les instruments du Conseil de l'Europe et/ou de l'Union européenne* – La Cour mobilise diverses sources élaborées tout d'abord dans le cadre du Conseil de l'Europe, que ce soit des instruments conventionnels, des textes déclaratoires, ou bien des rapports d'organes du Conseil de l'Europe. Ainsi, le juge européen se réfère, par exemple, à la Convention d'Oviedo du 4 avril 1997¹⁴⁰⁷, à la Charte sociale européenne et aux rapports du Comité européen des droits sociaux¹⁴⁰⁸, aux recommandations et résolutions du Comité des Ministres et de l'Assemblée parlementaire¹⁴⁰⁹, aux règles pénitentiaires européennes adoptées par le Comité des Ministres le 11 janvier 2006¹⁴¹⁰, à des rapports du Comité contre la torture

¹⁴⁰⁶ Est principalement exclue, l'hypothèse d'un recours aux sources externes pour conforter la décision prise sur le fondement de la Convention et dans laquelle la démultiplication des sources d'interprétation présente un intérêt certain de consolidation de la motivation juridique.

¹⁴⁰⁷ Cour EDH, 9 mars 2004, *Glass c. Royaume-Uni*, req. n°61827/00, Rec. 2004-II, § 58 ; Cour EDH, Gde ch., 8 juillet 2004, *Vo c. France*, req. n°53924/00, §§ 35 et 84 ; *GACEDH*, n°10 ; *JCP G.*, 2004, n°42, II 10158, comm. M. LEVINET.

¹⁴⁰⁸ Cour EDH, 27 juillet 2004, *Sidabras et Dziautas c. Lituanie*, req. n°55480/00 et al., Rec. 2004-VIII, §§ 31 et 47 ; *RDH*, 2005, n°3, pp. 755-831, chron. F. SUDRE et al. ; Cour EDH, Gde ch., 12 décembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, req. n°34503/97, §§ 50, 77, 84 etc. ; *GACEDH*, n°64 ; *JCP G.*, 2009, pp. 30-33, chron. F. SUDRE ; *JCP A.*, 2009, n°30, 2189, Chron. D. SZYMCAK.

¹⁴⁰⁹ Cour EDH, Gde ch., 30 novembre 2004, *Oneryildiz c. Turquie*, req. n°48939/99, Rec. 2004-XII, § 59 et § 102 ; *GACEDH*, n°66 ; *JDI*, 2005, n°2, pp. 506-509, note P. TAVERNIER ; *RDH*, 2005, n°3, pp. 755-831, chron. F. SUDRE et al. ; Cour EDH, 30 avril 2009, *Glor c. Suisse*, req. n°13444/04, Rec. 2009, § 53 ; *JCP G.*, 2009, 143, n°27, chron. F. SUDRE.

¹⁴¹⁰ Cour EDH, Gde ch., 4 juillet 2006, *Ramirez Sanchez c. France*, req. n°59450/00, Rec. 2006-IX, §§ 130, 139 ; *RTDH*, 2007, n°69, pp. 247-260, comm. P. PONCELA.

du Conseil de l'Europe¹⁴¹¹ ou encore et de manière inédite, à la Convention d'Istanbul relative à la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes du 7 avril 2011¹⁴¹².

La Cour de Strasbourg a pu également prendre en compte des normes émanant d'autres organes du Conseil de l'Europe, tels que des organes de surveillance ou d'experts indépendants. Ainsi, elle utilise les travaux de la Commission européenne pour la démocratie par le droit dans son arrêt *Parti conservateur russe des entrepreneurs et autres contre Russie*¹⁴¹³, de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance dans *Bekos et Koutropoulos contre Grèce*¹⁴¹⁴, du Comité consultatif de la Convention cadre pour la protection des minorités nationales et de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance dans *Orsus et autres contre Croatie*¹⁴¹⁵ ou encore du Comité d'experts indépendants chargé de surveiller la mise en œuvre de la Charte sociale européenne dans *Sigurður A. Sigurjónsson contre Islande*¹⁴¹⁶. Cette diversité des sources d'interprétation de la Convention européenne est toutefois légitime dans la mesure où la Cour se réfère à des instruments européens et donc à des sources de représentation des Etats parties à la Convention. Ce constat peut également être fait lorsqu'elle utilise des instruments du droit de l'Union européenne qui lui permettent de faire état d'un inévitable consensus propre à l'ensemble des Etats membres de l'Union européenne, tous également parties à la Convention européenne.

Ainsi, la Cour mobilise de manière assez courante des instruments propres au système communautaire tels que la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs¹⁴¹⁷, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁴¹⁸, certaines directives et règlements comme l'article 4 de la directive 78/2000/CE¹⁴¹⁹ ou le « règlement Bruxelles II bis »¹⁴²⁰ ou, tout simplement, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union

¹⁴¹¹ Cour EDH, 24 janvier 2008, *Riad et Idiab c. Belgique*, req. n°29787/03 et 29810/03, Rec. 2008, § 65 ; *JCP G.*, 23 juillet 2008, n°30, pp. 25-30, chron. F. SUDRE.

¹⁴¹² Cour EDH, 22 mars 2016, *M. G. c. Turquie*, req. n°646/10, §§ 93, 94, 106 etc.

¹⁴¹³ Cour EDH, 11 janvier 2007, *Parti conservateur russe des entrepreneurs et autres c. Russie*, req. n°55066/00 et al., § 39.

¹⁴¹⁴ Cour EDH, 13 décembre 2005, *Bekos et Koutropoulos c. Grèce*, req. n°15250/02, §§ 33 et 35.

¹⁴¹⁵ Cour EDH, Gde ch., 16 mars 2010, *Orsus et autres c. Croatie*, req. n°15766/03, §§ 154 et 159 ; *RTDH*, 2010, n°84, pp. 987-1011, note E. DUBOUT.

¹⁴¹⁶ Cour EDH, 30 juin 1993, *Sigurður A. Sigurjónsson c. Islande*, req. n°16130/90, série A n°264, § 35.

¹⁴¹⁷ *Ibid.*

¹⁴¹⁸ Cour EDH, Gde ch., 7 juillet 2011, *Bayatyan c. Arménie*, req. n°23459/03, §§ 105 et 106 ; *JCP G.*, 2011, n°36, p. 1555, note H. SURREL.

¹⁴¹⁹ Cour EDH, 23 septembre 2010, *Obst c. Allemagne*, req. n°425/03, § 51 ; *JCP G.*, 2010, n°41, p. 1895, obs. M. LEVINET.

¹⁴²⁰ Cour EDH, Gde ch., 26 novembre 2013, *X. c. Lettonie*, req. n°27853/09, § 97 ; *JCP G.*, 2013, n°51, p. 2339, note G. GONZALEZ.

européenne¹⁴²¹. Cette prolifération des sources apparaît, toutefois, plus contestable lorsqu'elle s'appuie sur des instruments internationaux auxquels les Etats européens ne sont pas tous systématiquement parties¹⁴²².

417. ***Les autres instruments internationaux*** – Dans l'arrêt *Maire contre Portugal*, la Cour de Strasbourg affirme que « *la Convention doit s'appliquer en accord avec les principes du droit international, en particulier ceux relatifs à la protection internationale des droits de l'homme* »¹⁴²³. Dès lors, la Convention européenne n'est pas l'unique norme de référence en la matière, le juge européen s'inspirant fortement de divers instruments conventionnels de droit international, tels que la Déclaration Universelle des droits de l'homme¹⁴²⁴, les Pactes internationaux sur les droits civils et politiques ainsi qu'économiques, sociaux et culturels¹⁴²⁵, la Convention américaine relative aux droits de l'homme¹⁴²⁶, la Convention de la Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international des enfants¹⁴²⁷, la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant¹⁴²⁸, la Convention des Nations-Unies relative aux droits des personnes handicapées¹⁴²⁹ ou encore la Convention sur le travail forcé de l'Organisation Internationale du Travail¹⁴³⁰ etc.

Au-delà des références aux divers traités internationaux, la Cour se fonde également sur la jurisprudence des juridictions internationales telles que la Cour internationale de justice

¹⁴²¹ Voir, notamment, Cour EDH, Gde ch., 3 octobre 2014, *Jeunesse c. Pays-Bas*, req. n°12738/10, § 110 ; Cour EDH, 5 octobre 2013, *Henry Kismoun c. France*, req. n°32265/10, § 36.

¹⁴²² Sur l'utilisation de plus en plus fréquente des sources extra-européennes, voir notamment J-F. FLAUSS, « Du droit international comparé des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Publications de l'Institut suisse de droit comparé, Le rôle du droit comparé dans l'avènement du droit européen*, Schukthess, 2002, pp. 159-182.

¹⁴²³ Cour EDH, 26 juin 2003, *Maire c. Portugal*, req. n°48206/99, § 72.

¹⁴²⁴ Cour EDH, 30 juin 1993, *Sigurdur A. Sigurjonsson c. Islande*, *op. cit.*, § 35.

¹⁴²⁵ Cour EDH, Gde ch., 28 janvier 2014, *O'Keeffe c. Irlande*, req. n°35810/09, § 147 ; *JCP G.*, 2014, n°6, 174, obs. C. PICHERAL.

¹⁴²⁶ Cour EDH, 22 février 1994, *Burghartz c. Suisse*, req. n°16213/90, Série A n°280-B, § 24 ; *JDI*, 1995, n°3, pp. 746-748., § 24, note E. DECAUX.

¹⁴²⁷ Cour EDH, 6 décembre 2007, *Maumousseau et Washington c. France*, req. n°39388/05, §§ 48, 60 ; *GACEDH*, n°52.

¹⁴²⁸ Cour EDH, 22 juin 2004, *Pini et Bertani c. Roumanie*, req. n°78028/01 et al., § 139 ; *Dalloz*, 2004, pp. 3026-3028, J-F RENUCCI et al.

¹⁴²⁹ Cour EDH, 30 avril 2009, *Glor c. Suisse*, req. n°13444/04, Rec. 2009, § 53 ; *JCP G.*, 2009, 143, n°27, chron. F. SUDRE ; Cour EDH, 23 février 2016, *Çam c. Turquie*, req. n°51500/08, § 65.

¹⁴³⁰ Cour EDH, 26 juillet 2005, *Siliadin c. France*, req. n°73316/01, Rec. 2005-VII, §§ 85, 115 etc. ; *GACEDH*, n°17 ; *RTDC*, 2005, n°4, pp. 740-743, note J-P. MARGUENAUD ; *JCP G.*, 2005, n°42, II 10142, comm. F. SUDRE.

dans l'affaire Matatkoulov et Askarov contre Turquie¹⁴³¹, la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans l'affaire Zontul contre Grèce¹⁴³², le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie afin de favoriser une évolution de sa jurisprudence dans l'affaire Al-Adsani contre Royaume-Uni¹⁴³³, du Tribunal pénal international pour le Rwanda dans l'affaire Perinçek contre Suisse¹⁴³⁴ ou encore à la pratique du Comité des droits de l'homme des Nations-Unies dans Py contre France¹⁴³⁵. Dans le cadre de son raisonnement, elle va également régulièrement prendre en compte la jurisprudence des Cours suprêmes étrangères, spécifiquement nord-américaines, telles que la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis¹⁴³⁶ sur laquelle elle va venir s'appuyer pour constater, par exemple, l'absence de consensus s'agissant du droit à la liberté d'expression dans le cadre de locaux privés ouverts au public¹⁴³⁷, ou de la Cour suprême du Canada dans les arrêts Hirst contre Royaume-Uni¹⁴³⁸ ou Othman contre Royaume-Uni¹⁴³⁹ par exemple. Du fait de cette pénétration récurrente du droit nord-américain dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, certains auteurs iront même jusqu'à parler d'une tendance à « *l'américanisation du droit de la Convention* »¹⁴⁴⁰.

Une telle diversité des sources internationales d'interprétation de la Convention – si elle peut-être compréhensible lorsqu'elle atteste du caractère unanime et « universel » de la solution retenue – invite également le juge européen à un dépassement de la dimension strictement européenne du texte conventionnel. En effet et pour reprendre les termes du Professeur Hélène SURREL, « *la diversification croissante des sources* » et « *la très grande liberté que [le juge] s'accorde renforcent le risque de forcer " le sens européen " au*

¹⁴³¹ Cour EDH, Gde ch., 4 février 2005, *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie*, req. n°46827/99 et 46951/99, Rec. 2005-I, § 48 ; *RTDH*, 2005, n°63, pp. 799-826, P. FRUMER ; *RGDIP*, 2005, pp. 421 et suiv., G. COHEN-JONATHAN.

¹⁴³² Cour EDH, 17 janvier 2012, *Zontul c. Grèce*, req. n°12294/07, § 91 ou, plus récemment, Cour EDH, Gde ch., 27 mai 2014, *Marguš c. Croatie*, req. n°4455/10, § 138 ; *JCP G.*, 2014, n°28, doct. 832, chron. F. SUDRE.

¹⁴³³ Cour EDH, Gde ch., 21 novembre 2001, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, req. n°35763/97, Rec. 2001-XI, § 30 ; *RTDH*, 2003, n°53, pp. 139-175, J.F. FLAUSS.

¹⁴³⁴ Cour EDH, 17 décembre 2013, *Perinçek c. Turquie*, req. n°27510/08, § 116 ; *JCP G.*, 2014, n°1, p. 44, obs. G. GONZALEZ.

¹⁴³⁵ Cour EDH, 11 janvier 2005, *Py c. France*, req. n°66289/01, Rec. 2005-I, § 63 ; *JCP G.*, 2005, n°30, pp. 1451-1456, chron. F. SUDRE.

¹⁴³⁶ Voir, notamment, Cour EDH, Gde ch., 7 juillet 2011, *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, req. n°27021/08, § 85 ; *JDI*, 2012, n°3, pp. 1027-1032, note M. BOUMGHAR ; Cour EDH, Gde ch., 11 juillet 2006, *Jalloh c. Allemagne*, req. n°54810/00, § 105 ; *JCP G.*, 2007, n°4, pp. 18-23, chron. F. SUDRE.

¹⁴³⁷ Cour EDH, 6 mai 2003, *Appleby et autres c. Royaume-Uni*, req. n°44306/98, § 46.

¹⁴³⁸ Cour EDH, Gde ch., 6 octobre 2005, *Hirst c. Royaume-Uni (N°2)*, req. n°74025/01, Rec. 2005-IX, § 75 ; *JDI*, 2006, n°3, pp. 1169-1171, note M. EUDES.

¹⁴³⁹ Cour EDH, 17 janvier 2012, *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, req. n°8139/09, § 189.

¹⁴⁴⁰ J-F. FLAUSS, « La présence de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique dans le contentieux européen des droits de l'homme », *RTDH*, 2005, n°62, p. 330.

détriment des particularismes nationaux »¹⁴⁴¹. Il apparaît donc critiquable que la Cour se fonde, par exemple, sur la Convention d'Aarhus dans l'arrêt Taskin et autres contre Turquie¹⁴⁴², ou sur la Convention pour la protection de l'environnement par le droit pénal dans l'affaire Oneryildiz contre Turquie¹⁴⁴³, alors même que la majorité des Etats membres du système conventionnel – dont la Turquie évidemment – n'avait nullement signé et ratifié lesdites Conventions. Il en va de même lorsque la Cour utilise ces sources internationales pour constater la présence d'un dénominateur commun et procéder ainsi à une mutation du consensus *européen* en un consensus *international*¹⁴⁴⁴. Dans ces hypothèses, la diversification des sources peut devenir dangereuse. Elle permet à la Cour de se dessiner son propre « *réseau normatif* »¹⁴⁴⁵ dont elle est la seule à faire varier le périmètre et les éléments constitutifs, et accroît donc davantage sa liberté interprétative à défaut d'une légitimité renforcée de ses décisions.

2- Un accroissement de sa liberté interprétative à défaut d'une légitimité renforcée de ses décisions

418. Cette internationalisation des sources d'inspiration et des argumentations juridiques du juge strasbourgeois doit être plus globalement appréhendée comme le fruit de la mondialisation contemporaine du droit. En effet, cette « *globalisation du droit se traduit par une perméabilité croissante de chaque culture juridique nationale à d'autres droits, nationaux ou internationaux* »¹⁴⁴⁶ et débouche ainsi sur atténuation progressive des frontières séparant les différents ordres juridiques ainsi que le droit public du droit privé ou encore le droit proprement européen du droit international. Cette mondialisation de la justice conduit ainsi à une inter-connectivité des matières juridiques et permet donc une transversalité ou

¹⁴⁴¹ H. SURREL, « Pluralisme et recours au consensus », in M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruylant, 2010, p. 64.

¹⁴⁴² Cour EDH, 11 novembre 2004, *Taskin et al. c. Turquie*, req. n°46117/99, Rec. 2004-X, § 99 ; *AJDA*, 2005, pp. 541-551, chron. J-F. FLAUSS.

¹⁴⁴³ Cour EDH, Gde ch., 30 novembre 2004, *Oneryildiz c. Turquie*, req. n°48939/99, Rec. 2004-XII, § 59 ; *GACEDH*, n°66 ; *JDI*, 2005, n°2, pp. 506-509, note P. TAVERNIER ; *RDP*, 2005, n°3, pp. 755-831, chron. F. SUDRE et al.

¹⁴⁴⁴ Voir *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, section 1, § 2, B.

¹⁴⁴⁵ F. SUDRE, « L'interprétation constructive de la liberté syndicale, au sens de l'article 11 de la Convention EDH », *JCP G.*, 2009, n°5, II 10018.

¹⁴⁴⁶ J-M. SAUVE, « Vers une culture juridique commune », Communication lors du Congrès inaugural de l'institut européen du droit, à Paris, le 1^{er} juin 2011, disponible sur : <http://www.conseil-etat.fr/content/download/2555/7693/version/1/file/europe-dans-la-globalisation-du-droit2.pdf>.

« *circularité des jurisprudences* »¹⁴⁴⁷. Ce phénomène touche tous les domaines du droit, ainsi le Professeur Jean-Bernard AUBY – dans un article concernant les évolutions du droit administratif – écrit que cette globalisation du monde, en tant que phénomène d'ouverture et de décloisonnement, conduit notamment à l'internationalisation des sources du droit et donc à une intrusion massive des normes et standards externes dans le droit administratif¹⁴⁴⁸. Or, il est clair que « *ce processus d'influences réciproques se déploie [également] sous nos yeux en Europe* »¹⁴⁴⁹, la jurisprudence strasbourgeoise attestant de cette internationalisation du droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Ce brassage des normes juridiques nationales et internationales se matérialise, en effet, par de fréquents emprunts aux diverses législations, conventions, jurisprudences nationales et internationales, en un mot par une prolifération des sources d'interprétation des juges, juges qui sont incontestablement « *les agents les plus actifs de la mondialisation du droit, les ingénieurs de sa transformation* »¹⁴⁵⁰.

419. Mais l'impact de la démultiplication des sources du juge européen sur la qualité de sa jurisprudence reste particulièrement contrasté. Tout d'abord, elle présente un aspect positif en ce qu'elle contribue à nourrir le droit européen des droits de l'homme. En effet, les appuis et références aux normes étrangères permettent manifestement une hybridation du droit européen et lui confère ainsi un caractère composite, enrichissant la protection des droits de l'homme. C'est notamment ce que suggère l'idée même d'acculturation juridique, c'est-à-dire de « *transformation globale subie par un système juridique au contact d'un autre* »¹⁴⁵¹. Cette « *émancipation des juges par rapport à leur ordre juridique* »¹⁴⁵² favorise alors ce que Bruno GENEVOIS appelle « le dialogue des juges »¹⁴⁵³. Ce dialogue s'illustre, par exemple, à l'aune des emprunts du juge européen aux décisions internationales, ainsi que par un partage des

¹⁴⁴⁷ J-F. FLAUSS, « La présence de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique dans le contentieux européen des droits de l'homme », *RTDH*, 2005, n°62, p. 327.

¹⁴⁴⁸ J-B. AUBY, « La bataille de San Romano, réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *AJDA*, 2001, p. 912.

¹⁴⁴⁹ J-M. SAUVE, « Vers une culture juridique commune », *op. cit.*

¹⁴⁵⁰ J. ALLARD et A. GARAPON, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Seuil, 2005, p. 6.

¹⁴⁵¹ N. ROULAND, *L'anthropologie juridique*, PUF, 1990, p. 88.

¹⁴⁵² B. FRYDMAN, *Conclusion : Le dialogue international des juges et la perspective idéale d'une justice universelle*, 30 mars 2007, Centre Perelman de philosophie du droit, p. 14, disponible sur : http://www.philodroit.be/IMG/pdf/B._FRYDMAN_-_Conclusion_-_Le_dialogue_international_des_juges_-_30_mars_2007.pdf.

¹⁴⁵³ L'expression de « dialogue des juges » a été, pour la première fois, employée par le président Bruno GENEVOIS dans ses conclusions sur l'arrêt CE, Ass., 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur contre Cohn-Bendit*, req. n°11604, Rec. Lebon, p. 524. Cette expression « renvoie à l'idée de discussion, de concertation, et à le mérite de fournir un concept consensuel qui – écartant a priori toute relation d'autorité- évite de s'interroger sur les sujets " qui fâchent ", et notamment sur la question de l'autorité de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ». Voir F. SUDRE, « Avant-propos », *Cahiers de l'IDEDH*, n°11, 2007, p. 8.

positions et motivations juridiques sur une même question¹⁴⁵⁴. Or, la conséquence de ces renvois est doublement positive. D'une part, ils contribuent à renforcer l'argumentation et donc la motivation des arrêts de la Cour européenne. En ce sens, le métissage des sources participe à consolider l'autorité persuasive et la légitimité de la jurisprudence européenne qui, loin d'être isolée, fait ainsi corps avec les évolutions et tendances internationales en matière de protection des droits de l'homme. D'autre part, ils contribuent – par l'imbrication des différents systèmes – à la recherche d'une harmonisation des droits, non seulement au niveau européen, mais également international et donc à la formation d'un droit potentiellement commun. Dès lors, l'attitude du juge européen consistant à rechercher, dans une pluralité de sources externes à la Convention, une assise à ses décisions, pourrait bien participer au respect d'une harmonisation *internationale* des droits de l'homme.

420. Ensuite et loin d'emporter l'unanimité, cette multiplication des sources présente un aspect négatif tenant essentiellement à l'utilisation opportuniste de ce droit comparé et aux objectifs réellement poursuivis par les juges. Comme l'explique le Professeur Benoit FRYDMAN, le risque est de voir le juge « *pratiquer une sorte de “tourisme judiciaire” [...], en d'autres termes, on critique le caractère non systématique, hasardeux et opportuniste de ces références étrangères, de leur aspect partiel et donc partial* »¹⁴⁵⁵. La crainte d'une instrumentalisation des références au droit comparé mais également d'un défaut de qualité des études comparatives qui, à l'exemple de la Cour, sont souvent réalisées par les parties ou tiers intervenants au litige, est donc indéniable. Selon la thèse du « cherry picking »¹⁴⁵⁶, « *les juges chercheraient [en effet] à l'étranger de quoi renforcer leurs convictions intimes, [...] sans prendre en compte l'ensemble du système dont sont issus les éléments ou arguments qu'ils empruntent* »¹⁴⁵⁷. Ils utiliseraient ainsi les références étrangères afin de masquer l'arbitraire de leur décision, ne pouvant alors se voir qu'accusés d'un internationalisme intéressé, puisque choisissant seulement les emprunts avalisant leur propre position. Pour l'anecdote et surtout

¹⁴⁵⁴ Voir notamment L. HENNEBEL, « Les références croisées entre les juridictions internationales des droits de l'homme », in J. ALLARD, B. FRYDMAN et L. HENNEBEL, *Le dialogue des juges*, Bruylant, 2007, pp. 31-76.

¹⁴⁵⁵ B. FRYDMAN, *Conclusion : Le dialogue international des juges et la perspective idéale d'une justice universelle*, op. cit., p. 9.

¹⁴⁵⁶ A. UBEDA DE TORRES, « Un dialogue sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme », in E. BRIBOSIA, L. SCHEECK et A. UBEDA DE TORRES (dir.), *L'Europe des cours, loyautés et résistances*, Bruylant, 2010, p. 210.

¹⁴⁵⁷ J. ALLARD, « Le dialogue des juges face à la Cour EDH et à la Cour suprême des Etats-Unis », in J. ALLARD, G. HAARSCHER, L. HENNEBAL (dir.), *Juger les droits de l'homme, Europe et Etats-Unis face à face*, Bruylant, 2008, p. 132.

car cela traduit parfaitement l'accusation portée contre cette pratique, le « cherry picking » désigne littéralement « *le fait de choisir sur un gâteau les cerises les plus appétissantes et de laisser de côté celles qui nous paraissent avariées* »¹⁴⁵⁸. Ainsi, les Professeurs Julie ALLARD et Arnaud VAN WAEYENBERGE expliquent que les juges « *ne se tournent vers l'étranger que quand leur décision semble difficile à justifier au sein de leur propre système, mais ignorent totalement ces mêmes références étrangères quand elles les amèneraient à conclure [...] dans un sens qui ne leur convient pas* »¹⁴⁵⁹. La jurisprudence européenne ne fait évidemment pas exception à cette déviance de la mondialisation du droit. En effet, et à titre d'exemple parmi d'autres, il est possible de constater qu'une même source – la Charte sociale européenne par exemple – peut être tantôt réceptionnée tantôt volontairement écartée par la Cour selon l'objectif poursuivi par elle. Ainsi, dans une affaire Botta contre Italie du 24 février 1998 – concernant le défaut de mesures étatiques propres à remédier à l'absence d'équipements dans des établissements de bains privés, permettant aux personnes handicapées d'accéder à la plage – la Cour européenne va volontairement évincer la Charte sociale européenne comme source pouvant néanmoins justifier que l'abstention litigieuse de l'Etat était de nature à tomber dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention. En l'espèce, le juge ne va pas hésiter à mettre sur la touche cette source externe, jugeant le renvoi à la Charte « *inacceptable en considération de ce que ce texte n'a été ouvert à la signature que le 3 mai 1996, donc quatre ans après l'introduction de la requête* »¹⁴⁶⁰. Cette position semble légitime dans la mesure où l'Italie n'avait effectivement pas encore ratifié ce texte¹⁴⁶¹ et que la Cour ne pouvait donc lui imposer une norme qu'elle n'avait pas souverainement acceptée. A l'inverse, dans une affaire Sorensen et Rasmussen contre Danemark du 11 janvier 2006 – concernant l'inconventionnalité des accords de monopole syndical avant embauche – la Cour n'a pas hésité à utiliser l'article 5 de la Charte sociale européenne¹⁴⁶² pour confirmer¹⁴⁶³ que découle de l'article 11 de la Convention européenne, le droit négatif d'être libre de ne pas adhérer à une association syndicale, alors même que le Danemark n'avait pas

¹⁴⁵⁸ J. ALLARD et A. VAN WAEYENBERGE, « De la bouche à l'oreille ? Quelques réflexions autour du dialogue des juges et de la montée en puissance de la fonction de juger », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques (Bruxelles)*, n°61, 2008, p. 119.

¹⁴⁵⁹ *Ibid.*

¹⁴⁶⁰ Cour EDH, 24 février 1998, *Botta c. Italie*, req. n°21439/93, Rec. 1998-I, § 30 ; *RTDH*, 1999, n°39, pp. 595-618, comm. B. MAURER.

¹⁴⁶¹ L'Italie a ratifié la nouvelle version de la Charte sociale européenne le 5 juillet 1999, soit un an plus tard.

¹⁴⁶² Cour EDH, Gde ch., 11 janvier 2006, *Sorensen et Rasmussen c. Danemark*, req. n°52562/99 et 52620/99, Rec. 2006-I, § 72 ; *Droit social*, 2006, n°11, pp. 1022-1025, chron. J.P. MARGUENAUD et J. MOULY.

¹⁴⁶³ Le droit négatif d'association a été, pour la première fois, dégagé dans Cour EDH, 30 juin 1993, *Sigurdur A. Sigurjonsson c. Islande*, req. n°16130/90, série A n°264.

non plus ratifié ladite Charte telle que révisée en 1996. Si sur le fond, l'évolution de la protection des droits sociaux est tout à fait encourageante, la motivation et méthode d'utilisation des sources externes par la Cour manquent néanmoins de rigueur et semblent, au contraire, répondre à un besoin opportuniste du juge européen. Si dans l'affaire Botta contre Italie, la Cour était encore trop frileuse pour s'aventurer sur le terrain des droits sociaux, écartant donc volontairement l'argument tiré de la Charte sociale européenne, huit ans plus tard, elle se présente comme une Cour de plus en plus audacieuse. Elle n'hésite ainsi plus à confirmer la dimension négative du droit d'association et même à consacrer un droit de négociation collective¹⁴⁶⁴, en appui sur les évolutions confirmées par la Charte sociale européenne. Aussi, cette diversité des sources européennes ne servirait-elle tout simplement pas à renforcer la politique jurisprudentielle du juge ? Il nous semble que cette confrontation des arrêts Botta contre Italie et Sorensen et Rasmussen contre Danemark notamment, sont de nature à confirmer que la prolifération des sources d'interprétation du juge ne répond pas toujours à une application systématique de nature à renforcer la motivation et la légitimité des arrêts. Au contraire, elle peut conduire à une prise en compte sélective des sources externes et contribuer davantage à accroître la liberté interprétative et normative du juge. En effet, la Cour fait le plus souvent référence aux instruments internationaux pour appuyer le sens déjà donné à sa décision et les écarte, volontairement, lorsque de nature à contrarier la solution envisagée¹⁴⁶⁵.

421. Cette pratique du juge se dessine donc davantage comme un moyen d'étendre son pouvoir interprétatif et normatif en piochant dans des sources précautionneusement choisies – cette démultiplication des sources le conduisant même parfois à opérer une lecture globalisante des sources externes à la Convention¹⁴⁶⁶ – et, en ce sens, ne constitue qu'un avatar du concept de « gouvernement des juges ». Par conséquent, c'est un regard majoritairement critique qui devra être porté sur la tendance actuelle du juge européen à

¹⁴⁶⁴ Voir, en ce sens, Cour EDH, Gde ch., 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, req. n°34503/97 ; *GACEDH*, n°64 ; *JCP G.*, 2009, I, 10018, note F. SUDRE. La Cour ne va pas hésiter, là encore, à utiliser la Charte sociale européenne (voir §§ 77, 84, 103, 149) afin d'interpréter l'article 11 de la Convention européenne à la lumière de l'article 6 de cette Charte, et ainsi en déduire l'existence d'un droit de négociation collective. Si dans l'arrêt de Grande chambre, la Turquie venait tout juste de ratifier la Charte (la Turquie a ratifié la nouvelle version de la Charte sociale européenne le 27 juin 2007), ce n'est toutefois pas l'argument ayant justifié un tel usage de ce texte par la Cour. En effet, celle-ci ne s'en était déjà pas abstenue dès son arrêt de chambre du 21 novembre 2006, pourtant rendu avant que la Turquie n'ait procédé à une telle ratification.

¹⁴⁶⁵ Voir, en ce sens, A. SCHAHMANECHE, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, Pedone, 2014, p. 590 et suiv.

¹⁴⁶⁶ Voir *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, § 2, B, 1.

considérer l'existence d'une tendance ou consensus international comme nouveau dénominateur pertinent.

B- L'émergence jurisprudentielle d'un « consensus international » voire même « universel »

422. La tendance jurisprudentielle de la Cour européenne à se fonder sur l'émergence d'un consensus international peut être intéressante dans la mesure où la Cour s'attache finalement à démontrer une vision quasi-universelle de la protection du droit et, par là même, motive d'autant plus sa position¹⁴⁶⁷. Cette approche se voit d'ailleurs confirmée dans l'arrêt *Glor contre Suisse*, par exemple, où la Cour de Strasbourg parle d'un « *consensus européen et universel* »¹⁴⁶⁸. De même dans les affaires *M.C contre Bulgarie* et *A, B et C contre Irlande* où elle fait référence à l'existence/absence d'une « *tendance universelle* »¹⁴⁶⁹ ou « *consensus universel* »¹⁴⁷⁰.

423. Toutefois – puisque le système conventionnel est pourvu d'une dimension régionale¹⁴⁷¹ et qu'en tant que système de coopération, il se doit de respecter la volonté et souveraineté des Etats signataires – le non-respect des pratiques juridiques européennes au profit d'une tendance internationale, apparaît contraire au respect du pluralisme et à la vocation d'harmonisation *européenne* des droits garantis, prescrits par le principe de subsidiarité. Pour être légitime, le recours au consensus international ne devrait donc être que de nature à confirmer un consensus européen déjà existant. En ce sens, le droit international ne devrait intervenir qu'à titre secondaire – en guise de support – pour justifier une communauté de vues préalable au niveau européen et ainsi renforcer la légitimité de ce dénominateur commun. A la lumière des affaires *Christine Goodwin contre Royaume-Uni* qui apparaît être à l'initiative de cette tendance (1) et *Demir et Baykara contre Turquie*, venue la confirmer (2), ce n'est toutefois pas toujours le cas.

¹⁴⁶⁷ Voir, en ce sens, L. BURGORGUE-LARSEN, « Nothing is perfect. Libres propos sur la méthodologie interprétative de la Cour européenne », *Mélanges en l'honneur de J-F. FLAUSS*, Pedone, 2014, pp. 101-115.

¹⁴⁶⁸ Cour EDH, 30 avril 2009, *Glor c. Suisse*, req. n°13444/04, Rec. 2009, § 53 ; *JCP G.*, 2009, 143, n°27, chron. F. SUDRE.

¹⁴⁶⁹ Cour EDH, 4 décembre 2003, *MC c. Bulgarie*, req. n°39272/98, Rec. 2003-XII, § 163 ; *RTD civ.*, 2004, n°2, pp. 364-365, chron. J-P. MARGUENAUD et J. RAYNARD.

¹⁴⁷⁰ Cour EDH, Gde ch., 16 décembre 2010, *A, B et C c. Irlande*, req. n°25579/05, § 201.

¹⁴⁷¹ Voir, en ce sens, Cour EDH, déc., 2 mai 2007, *Behrami et Behrami c. France*, req. n°71412/01, § 97 (*RGDIP*, 2011, n°4, pp. 967-999, chron. Ph. WECKEL et al.) où la Cour qualifie la Convention « *d'instrument régional* ».

1- Une tendance initiée par la jurisprudence *Christine Goodwin* contre Royaume-Uni

424. Si le recours à la « tendance internationale » est apparu dans la jurisprudence européenne bien avant l'arrêt de Grande chambre *Christine Goodwin* contre Royaume-Uni du 11 juillet 2002, c'est toutefois à partir de cette affaire que la Cour se fonde sur l'existence d'une telle tendance, pour justifier une évolution de sa jurisprudence et imprimer la marque d'un consensus international déterminant, bien que contraire au consensus européen. En effet, dans une affaire antérieure *Sigurður A. Sigurjónsson* contre Islande du 30 juin 1993¹⁴⁷² par exemple, la Cour a eu recours au constat d'une tendance internationale dans le cadre de son contrôle de l'applicabilité d'un droit. Afin de démontrer que l'ingérence invoquée – à savoir l'obligation d'adhérer à un syndicat sous peine de perdre sa licence d'exploitation d'un taxi – entrainait bien dans le champ d'application de l'article 11 de la Convention, le juge a relevé – sur le fondement de différents instruments internationaux tels que la Déclaration Universelle, l'article 11 § 2 de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, l'article 5 de la Charte sociale européenne de 1961 etc. – qu'il existait une tendance internationale en faveur d'une reconnaissance de la dimension négative du droit à la liberté d'association. Toutefois, lorsque la Cour relève qu'« *un degré croissant de consensus se dégage aussi en la matière au niveau international* »¹⁴⁷³, ce n'est qu'en renfort d'une convergence déjà existante entre les droits des Etats membres ; la Cour notant avant tout que « *beaucoup de systèmes internes [des Etats contractants] fournissent des garanties qui [...] protègent la liberté de ne pas adhérer à une association ou de s'en retirer* »¹⁴⁷⁴. Le recours au consensus international est ici le bienvenu dans la mesure où il confirme la valeur déterminante du consensus européen déjà existant et lui confère une force d'autant plus grande qu'il acquiert une valeur quasi-universelle. Du fait de cette synergie du droit européen et international, la Cour conclut pour la première fois à l'applicabilité de l'article 11 de la Convention sous son volet négatif et consacre – grâce à une mobilisation appuyée de l'interprétation consensuelle et évolutive – le droit de ne pas adhérer à une association.

425. Dans deux autres affaires – *V. contre Royaume-Uni*¹⁴⁷⁵ et *T. contre Royaume-Uni*¹⁴⁷⁶ du 16 décembre 1999 – la Cour avait également noté l'existence « *d'une tendance*

¹⁴⁷² Cour EDH, 30 juin 1993, *Sigurður A. Sigurjónsson c. Islande*, req. n°16130/90, série A n°264.

¹⁴⁷³ *Ibid.*, § 35 (souligné par nous).

¹⁴⁷⁴ *Ibid.*

¹⁴⁷⁵ Cour EDH, Gde ch., 16 décembre 1999, *V. c. Royaume-Uni*, req. n°24888/94, Rec. 1999-IX.

¹⁴⁷⁶ Cour EDH, Gde ch., 16 décembre 1999, *T. c. Royaume-Uni*, req. n°24724/94.

internationale en faveur de la protection de la vie privée des mineurs impliqués dans une procédure judiciaire »¹⁴⁷⁷. Elle n'avait toutefois eu aucune incidence¹⁴⁷⁸ sur le constat de non-violation de l'article 3 de la Convention et ce, du fait de l'imputation de la responsabilité pénale au requérant-mineur, principalement motivée à l'aune d'une absence de « *norme commune précise au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe sur l'âge minimum de la responsabilité pénale* »¹⁴⁷⁹. De même dans l'arrêt Chapman contre Royaume-Uni du 18 janvier 2001 et dans quatre autres affaires rendues le même jour¹⁴⁸⁰, la Cour n'a pas hésité à relever l'existence d'un « *consensus international se faisant jour au sein des Etats contractants du Conseil de l'Europe [quant à la reconnaissance] des besoins particuliers des minorités* »¹⁴⁸¹ et quant à l'obligation de protéger leur sécurité, identité et mode de vie¹⁴⁸². Mais, en l'espèce, il est clair que le consensus *international* – qu'elle qualifie par ailleurs de non « *suffisamment concret* »¹⁴⁸³ pour mettre à charge de l'Etat une obligation positive¹⁴⁸⁴ – est essentiellement constitué d'une convergence entre « *les Etats contractants du Conseil de l'Europe* », l'assise internationale du consensus étant donc, avant tout, européenne. Ainsi, lorsque le juge a eu recours au constat d'une tendance internationale sur telle ou telle question, cette utilisation était, jusqu'à présent, à relativiser et ce, pour trois raisons : soit elle n'avait pour but que de consolider un consensus européen existant ; soit elle constituait un argument secondaire, sans incidence sur le contrôle de la Cour et la solution adoptée ; soit la Cour utilisait l'expression de consensus international, tout en se fondant sur un échantillon avant tout européen des Etats concernés.

426. Dans la jurisprudence Christine Goodwin contre Royaume-Uni, la Cour européenne va changer son fusil d'épaule et considérer, pour la première fois¹⁴⁸⁵, que

¹⁴⁷⁷ Cour EDH, Gde ch., 16 décembre 1999, *T. c. Royaume-Uni*, req. n°24724/94, § 77.

¹⁴⁷⁸ Cour EDH, Gde ch., 16 décembre 1999, *V. c. Royaume-Uni*, *op. cit.* En effet, la Cour précise dans son paragraphe 77 que « *l'existence d'une telle tendance est un facteur à prendre en compte [...], elle ne saurait avoir une influence déterminante sur la question de savoir si le procès en public s'analyse en un mauvais traitement atteignant le degré minimum de gravité requis pour tomber sous le coup de l'article 3* ».

¹⁴⁷⁹ *Ibid.*, §§ 74 et 86.

¹⁴⁸⁰ Cour EDH, Gde ch., 18 janvier 2001, *Jane Smith c. Royaume-Uni*, req. n°25154/94 ; Cour EDH, Gde ch., 18 janvier 2001, *Coster c. Royaume-Uni*, req. n°24876/94 ; Cour EDH, Gde ch., 18 janvier 2001, *Lee c. Royaume-Uni*, req. n°25289/94 ; Cour EDH, Gde ch., 18 janvier 2001, *Beard c. Royaume-Uni*, req. n°24882/94.

¹⁴⁸¹ Cour EDH, Gde ch., 18 janvier 2001, *Chapman c. Royaume-Uni*, req. n°27238/95, Rec. 2001-I, § 93 (souligné par nous) ; *GACEDH*, n°46.

¹⁴⁸² *Ibid.*

¹⁴⁸³ *Ibid.*, § 94.

¹⁴⁸⁴ *Ibid.*

¹⁴⁸⁵ En effet, la Cour européenne avait jugé à plusieurs reprises que la question de la traduction juridique du changement de sexe relevait de la marge d'appréciation des Etats et qu'elle n'avait donc pas à intervenir. Voir,

l'existence d'une tendance internationale – qui plus est contraire au consensus européen – suffit à elle seule à justifier une réduction de la marge d'appréciation du gouvernement défendeur et à motiver un double constat de violation de la Convention. Dans cette affaire où était en cause la non-reconnaissance juridique d'une conversion sexuelle, le juge des droits de l'homme va directement s'appuyer sur la présence d'une « *tendance internationale continue* »¹⁴⁸⁶ quant à l'acceptation sociale des transsexuels et à la reconnaissance juridique de leur nouvelle identité, pour mettre à la charge du Royaume-Uni, une obligation de reconnaître juridiquement la conversion sexuelle de la requérante. Si son interprétation consensuelle n'est pas exempte de critiques sur le terrain de l'article 12 – dès lors que l'absence de consensus clair sur la question du mariage des transsexuels, sous leur nouvelle identité sexuelle, n'est étrangement pas de nature à conforter la marge d'appréciation de l'Etat membre¹⁴⁸⁷, si bien d'ailleurs qu'elle constate une violation dudit article – sa démarche est particulièrement contestable sur le terrain de l'article 8 de la Convention. En l'espèce, elle commence à rappeler par deux fois, à la lumière de sa jurisprudence antérieure, « *qu'il n'existait guère de communauté de vues entre les Etats, certains autorisant la conversion sexuelle et d'autres non, et que, dans l'ensemble, le droit paraissait traverser une phase de transition* »¹⁴⁸⁸ et qu'elle n'avait donc pu que constater « *l'absence d'une démarche européenne commune quant à la manière de traiter les répercussions que la reconnaissance juridique des changements de sexe pouvait avoir* »¹⁴⁸⁹. Présentement, la situation n'a guère évolué, la Cour confirmant expressément « *l'absence de démarche commune entre les quarante-trois Etats contractants* »¹⁴⁹⁰, ce qui n'est d'ailleurs « *guère surprenant, eu égard à la diversité des systèmes et traditions juridiques* »¹⁴⁹¹. Cela étant, cette absence de consensus européen quant à la manière de résoudre les problèmes juridiques et pratiques des changements de sexe n'est en aucun cas un obstacle à la prise en compte par la Cour des « *éléments clairs et incontestés montrant une tendance internationale continue non seulement vers une acceptation sociale accrue des transsexuels mais aussi vers la reconnaissance*

entre autres, Cour EDH, 17 octobre 1986, *Rees c. Royaume-Uni*, req. n°9532/81, série A n°106 ; *JDI*, 1987, p. 796, chron. P. ROLLAND et Cour EDH, Gde ch., 30 juillet 1998, *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, req. n°22985/93 et al., Rec. 1998-V ; *JDI*, 1999, n°1, pp. 252-255, note P. TAVERNIER.

¹⁴⁸⁶ Cour EDH, Gde ch., 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, req. n°28957/95, Rec. 2002-VI, § 85 ; *GACEDH*, n°49. Pour un exemple plus récent, voir notamment Cour EDH, 10 mars 2015, *Y.Y. c. Turquie*, req. n°14793/08, Rec. 2015, § 108.

¹⁴⁸⁷ *Ibid.*, § 103.

¹⁴⁸⁸ *Ibid.*, § 85.

¹⁴⁸⁹ *Ibid.*

¹⁴⁹⁰ *Ibid.*

¹⁴⁹¹ *Ibid.*

juridique de la nouvelle identité sexuelle des transsexuels opérés »¹⁴⁹². Cette réception de la tendance internationale à l'encontre d'un défaut de consensus européen est d'autant plus surprenante qu'elle permet à la Cour d'aboutir à un constat inédit de violation de l'article 8. Si l'évolution de la jurisprudence en la matière est encourageante et, en soi, conforme à l'approche concrète et effective de la protection des droits garantis, la motivation adoptée par la Cour est quant à elle particulièrement discutable. Dans quelle mesure est-ce en effet plus pertinent de se fonder sur « *l'existence [...] d'une tendance internationale continue* »¹⁴⁹³ concernant l'acceptation sociale des transsexuels et de leur reconnaissance juridique, plutôt que sur l'absence de consensus européen, ou réciproquement, sur l'existence d'un consensus en faveur d'une non-reconnaissance juridique du changement de sexe ? Au contraire, « *choisir de se référer à la tendance internationale dominante [...] plutôt qu'à un consensus européen toujours inexistant [...] met [clairement] à mal un des éléments apparemment les plus sûrs pour déterminer l'étendue de la marge d'appréciation* »¹⁴⁹⁴.

427. Le principe de subsidiarité – principe qu'elle cite expressément d'ailleurs¹⁴⁹⁵ – impose normalement de reconnaître aux Etats, une libre compétence dans le choix des mesures nécessaires pour assurer la protection des droits conventionnels et résoudre les problèmes concrets qui se posent dans leurs ordres juridiques internes. En l'espèce, la Cour attache pourtant « *une importance* »¹⁴⁹⁶ manifeste à l'existence d'une simple tendance internationale, pour finalement considérer que la requérante a désormais le droit d'obtenir la reconnaissance juridique de sa conversion sexuelle.

428. Si la Cour ne devrait logiquement pas se fonder sur les traditions et acceptations juridiques des autres pays non membres à la Convention, il est d'autant plus dérangeant de constater qu'elle fait prévaloir la présence d'une tendance au niveau international sur l'absence de communauté de vues effective en Europe. Une fois encore, il convient donc de souligner l'incohérence de la jurisprudence européenne quant à la détermination du consensus requis, le juge européen considérant parfois qu'une *tendance européenne* ou *tendance*

¹⁴⁹² *Ibid.*, (souligné par nous).

¹⁴⁹³ *Ibid.*

¹⁴⁹⁴ P. WACHSMANN et A. MARIENBURG-WACHSMANN, « La folie dans la loi. Considérations critiques sur la nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de transsexualisme. En marge des arrêts Christine Goodwin c. le Royaume-Uni et I. c. le Royaume-Uni du 11 juillet 2002 », *RTDH*, n°26, 2003, p. 1172.

¹⁴⁹⁵ Cour EDH, Gde ch., 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 85.

¹⁴⁹⁶ *Ibid.*

internationale contraire au *consensus européen* peut être déterminante tandis que d'autres fois, l'existence d'un consensus européen non stabilisé est insuffisant. Or, il n'est pas du rôle de la Cour de redéfinir les exigences inhérentes au système européen qui, à l'aune du principe de subsidiarité, sauvegarde les spécificités nationales – qui plus est européennes ! – et ne sanctionne donc les Etats membres que dans la mesure où ils se situent en dehors d'une pratique juridique commune et donc en deçà du standard *euro péen* commun. Ainsi, la Cour semble clairement outrepasser la dimension européenne du consensus, critère pourtant normalement déterminant de l'étendue de la marge d'appréciation de l'Etat. Cette pratique s'est vue confirmée par la jurisprudence postérieure, à l'exemple de l'affaire Demir et Baykara contre Turquie notamment, où la Cour ne cache plus son interprétation globalisante, ni sa tendance à une internationalisation claire du consensus.

2- Une tendance confirmée par la jurisprudence Demir et Baykara contre Turquie

429. Dans une affaire du 12 novembre 2008 concernant la liberté syndicale et le droit de négociation collective¹⁴⁹⁷, la Cour – contrainte par les accusations du Gouvernement turc quant à l'usage abusif des sources internationales et de la Charte sociale européenne notamment – vient préciser sa méthode d'utilisation des sources d'interprétation ainsi que leur contribution à la détermination du consensus. Si le texte contesté – à savoir, la Charte sociale européenne – pouvait s'avérer éventuellement pertinent dans la mesure où il fait partie des instruments adoptés dans le cadre du Conseil de l'Europe et qu'il est ainsi susceptible d'informer sur l'état du consensus *euro péen*, la Cour va néanmoins procéder et pour la première fois de manière assumée, à une véritable interprétation globalisante des diverses sources européennes et internationales. Cette hypothèse d'un recours au consensus international pour surmonter l'absence de consensus européen clair est toutefois rare et singulière (a), la Cour ayant surtout recours au consensus international pour consolider le consensus européen existant. Si cela confirme que le juge des droits de l'homme fait très certainement preuve « d'arbitraire » dans le choix de ses techniques interprétatives, ce dernier n'en reste pas moins fidèle à sa vocation première de gardien du développement des droits et libertés (b).

¹⁴⁹⁷ Cour EDH, Gde ch., 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, req. n°34503/97 ; *GACEDH*, n°64 ; *JCP G.*, 2009, I, 10018, note F. SUDRE.

a- L'hypothèse singulière d'un recours au consensus international pour surmonter l'absence de consensus européen

430. Si depuis l'arrêt *Golder contre Royaume-Uni*¹⁴⁹⁸, le juge européen se fonde sur les prescriptions de la Convention de Vienne¹⁴⁹⁹ et n'hésite donc pas à prendre en compte l'ensemble des règles du droit international pertinent¹⁵⁰⁰ pour interpréter la Convention, qui n'est donc pas « *l'unique cadre de référence dans l'interprétation des droits et libertés qu'elle contient* »¹⁵⁰¹, l'appel au droit international semblait néanmoins devoir rester un moyen complémentaire d'interprétation du texte conventionnel. La Cour vient pourtant affirmer que son interprétation évolutive doit non seulement s'opérer « *à la lumière des conditions de vie actuelles* »¹⁵⁰² mais aussi, désormais, « *à la lumière d'autres instruments internationaux* »¹⁵⁰³. En ce sens, le juge européen précise qu'il se doit de prendre acte des « *évolutions des normes de droit national et international dans son interprétation des dispositions de la Convention* »¹⁵⁰⁴. En effet, il combine ici son interprétation évolutive et consensuelle, non plus seulement pratiquée à l'aune d'une synergie des droits nationaux des Etats membres, mais également des normes de droit international. Nul doute possible lorsque la Cour affirme que « *les dénominateurs communs des normes de droit international [...] reflètent une réalité qu'elle ne saurait ignorer lorsqu'elle est appelée à clarifier la portée d'une disposition de la Convention* »¹⁵⁰⁵. Comme le soulignent les Professeurs Jean-Pierre MARGUENAUD et Jean MOULY, « *l'interprétation évolutive devient tellement constructive qu'elle cesse d'être consensuelle* »¹⁵⁰⁶, la Cour ayant ici « *suffisamment d'assurance pour assumer pleinement la part non consensuelle de sa méthode d'interprétation évolutive* »¹⁵⁰⁷.

431. Dans cette affaire, la Cour fait en effet primer « *les dénominateurs communs des normes de droit international* » sur celui des droits internes, contrairement à la logique selon laquelle, l'appel au consensus international ne doit se faire qu'en renfort du consensus européen existant. Lorsque la Cour explique que, « *dans la recherche de dénominateurs communs parmi les normes de droit international, elle n'a jamais distingué entre les sources*

¹⁴⁹⁸ Cour EDH, 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n°4451/70, série A n°18 ; *GACEDH*, n°27.

¹⁴⁹⁹ Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969.

¹⁵⁰⁰ Voir, par exemple, Cour EDH, 26 juin 2003, *Maire c. Portugal*, req. n°48206/99, § 72.

¹⁵⁰¹ Cour EDH, Gde ch., 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, op. cit., § 67.

¹⁵⁰² *Ibid.*, § 68.

¹⁵⁰³ *Ibid.*, II, A (souligné par nous).

¹⁵⁰⁴ *Ibid.*, § 68 (souligné par nous).

¹⁵⁰⁵ *Ibid.*, § 76.

¹⁵⁰⁶ J-P. MARGUENAUD et J. MOULY, « L'avènement d'une Cour européenne des droits sociaux (à propos de CEDH, 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*) », *Rec. Dalloz*, 2009, p. 740.

¹⁵⁰⁷ *Ibid.*, p. 741.

de droit selon qu'elles avaient ou non été signées et ratifiées par le gouvernement défendeur »¹⁵⁰⁸, elle arriverait presque à faire douter le lecteur quant à la nature initiale du consensus recherché. Certes, les instruments internationaux peuvent lui permettre de consolider sa position et donc d'influencer le sens à donner aux normes conventionnelles, mais ils ne doivent cependant pas jouer dans la recherche d'un dénominateur commun aux seuls Etats parties surtout lorsqu'ils n'ont pas été ratifiés par la majorité de ces mêmes Etats. En l'espèce, la Cour élargit incontestablement le champ de son interprétation consensuelle et pervertit par là-même la valeur du consensus, consensus qui permettait par excellence une application jurisprudentielle du principe de subsidiarité. En se délestant de la contrainte du consensus européen pour un consensus plus vaste, elle multiplie donc ses chances de parvenir à l'identification d'un dénominateur commun et précise d'ailleurs un ordre de préséance inattendue, quant aux sources à prendre en compte dans la détermination de ce consensus.

432. Le plus critiquable reste néanmoins la confirmation d'une intégration des instruments internationaux, *non ratifiés* par les Etats membres à la Convention, dans la recherche d'un dénominateur commun, ce qui atteste très clairement d'une internationalisation du consensus ne se limitant plus à la seule pratique des Etats parties. Dans une affaire *Genovese contre Malte* du 11 octobre 2011 par exemple, la Cour fonde son interprétation sur la Convention européenne de 1975 concernant le statut juridique des enfants nés hors mariage, peu importe que le Gouvernement défendeur n'ait pas ratifié ladite Convention¹⁵⁰⁹. Ainsi et tout comme dans l'arrêt *Demir et Baykara*, si l'argument d'une absence de ratification des instruments utilisés pouvait être relativisé – dans la mesure où il s'agissait d'instruments adoptés dans le cadre du Conseil de l'Europe et traduisant donc un consensus européen en dehors duquel se situait l'Etat concerné – la Cour n'hésite pas à se référer également à des sources purement internationales non ratifiées par l'Etat défendeur. C'est ainsi que la Cour procède dans l'affaire *Guadagnino contre Italie et France* où était invoquée la Convention des Nations-Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, et où le juge européen confirme que « *les principes inscrits dans l'article 11 de la Convention de 2004 [...], engagent l'Italie bien qu'elle n'ait pas ratifié ladite Convention* »¹⁵¹⁰.

¹⁵⁰⁸ Cour EDH, Gde ch., 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, op. cit., § 78 (souligné par nous).

¹⁵⁰⁹ Cour EDH, 11 octobre 2011, *Genovese c. Malte*, req. n°53124/09, § 44.

¹⁵¹⁰ Cour EDH, 18 janvier 2011, *Guadagnino c. Italie et France*, req. n°2555/03 (souligné par nous).

433. De plus, lorsque dans l'affaire *Demir et Baykara contre Turquie*, la Cour conclut de manière générique qu'il suffit « *que les instruments internationaux pertinents dénotent une évolution continue des normes et des principes appliqués dans le droit international ou dans le droit interne de la majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe et attestent, sur un aspect précis, une communauté de vues dans les sociétés modernes* »¹⁵¹¹, il est clair que l'utilisation de la conjonction de coordination « ou » ne permet pas d'espérer que la Cour considèrera seulement les normes internationales, traduisant une adhésion de la majorité des Etats membres, mais bien celles qui attestent d'une « *communauté de vues dans les sociétés modernes* »¹⁵¹², peu importe qu'elles soient ou non européennes. Or, en l'espèce, la Cour « *s'arroge la maîtrise d'un dénominateur commun global qu'elle pourra révéler selon la combinaison des sources qu'elle effectue, par synergie des dénominateurs communs d'origine internationale, européenne ou nationale* »¹⁵¹³, ne se souciant guère ni des souverainetés étatiques¹⁵¹⁴ ni du principe de subsidiarité. La Cour confirmera d'ailleurs cette position dans l'affaire *Opuz contre Turquie*, tout en nuancant quelque peu son propos, en circonscrivant son approche à des cas spécifiques, non définis toutefois¹⁵¹⁵.

434. Si « *la globalisation de l'interprétation consensuelle se singularise par son caractère attrape-tout* »¹⁵¹⁶, l'inquiétude d'une instrumentalisation de la méthode de détermination du consensus européen au profit d'un consensus international se doit, néanmoins, d'être relativisée. En effet, les références au droit international pour légitimer une interprétation contraire au consensus européen existent, mais restent globalement rares, la Cour ayant surtout recours aux sources internationales et à l'existence d'un consensus

¹⁵¹¹ Confirmé en l'espèce par Cour EDH, Gde ch., 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, op. cit., § 86 (souligné par nous).

¹⁵¹² *Ibid.*

¹⁵¹³ F. SUDRE, « L'interprétation constructive de la liberté syndicale, au sens de l'article 11 de la Convention EDH », *JCP G.*, 2009, n°5, II 10018.

¹⁵¹⁴ P. WACHSMANN, « Réflexions sur l'interprétation globalisante de la Convention européenne des droits de l'homme », in *La conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA*, Dalloz, 2011, p. 672.

¹⁵¹⁵ Cour EDH, 9 juin 2009, *Opuz c. Turquie*, req. n°33401/02, § 164 (*JCP G.*, 2009, n°29, pp. 36-41, chron. F. SUDRE) où elle affirme que « *lorsqu'elle interprète les dispositions de la Convention et définit la portée des obligations mises à la charge de l'Etat dans des cas spécifiques, la Cour tient compte de l'existence éventuelle d'un consensus entre les Etats européens et de valeurs communes susceptibles d'apparaître dans leur pratique ou dans des instruments internationaux spécialisés tels que la CEDAW, ainsi que des évolutions que connaissent les normes et principes du droit international sous l'influence d'autres sources* ».

¹⁵¹⁶ J-F. FLAUSS et G. COHEN-JONATHAN, « La Cour européenne des droits de l'homme et le droit international », *Annuaire français de droit international*, CNRS Editions, 2009, n°55, p. 765.

international pour conforter le consensus européen existant¹⁵¹⁷, comme en atteste par exemple l'affaire Société de conception de presse et d'édition contre France du 5 mars 2009, où elle constate l'existence d'« *un consensus européen* »¹⁵¹⁸, confirmé par « *une tendance [...] désormais affichée au niveau mondial* »¹⁵¹⁹. Il nous semble donc essentiel de distinguer les cas où il n'y a pas de consensus européen mais où la Cour prend acte d'un consensus international pour justifier sa position ; des cas plus fréquents où elle a recours au consensus international pour valider un consensus européen existant. Dans une affaire Scoppola contre Italie du 17 septembre 2009 par exemple, la Cour s'appuie également sur la synergie des normes européennes et internationales, puisqu'« *un consensus s'est progressivement formé aux niveaux européen et international pour considérer que l'application de la loi pénale prévoyant une peine plus douce [...] est devenue un principe fondamental du droit pénal* »¹⁵²⁰. De même s'agissant de la jurisprudence Neulinger et Shuruk contre Suisse du 6 juillet 2010 ou, plus récemment, S.L. et J.L. contre Croatie du 7 mai 2015, dans lesquelles le juge européen note l'existence d'« *un large consensus, y compris en droit international* »¹⁵²¹ pour faire primer l'intérêt supérieur de l'enfant dans les décisions prises à son sujet. Dans l'arrêt Bayatyan contre Arménie du 7 juillet 2011, la Cour – tout en réaffirmant les principes dégagés dans l'affaire Demir et Baykara¹⁵²² – fait état d'un consensus européen et international, puisqu'il existe un « *consensus quasi général sur la question [du droit à l'objection de conscience] en Europe et au-delà* »¹⁵²³. Enfin, dans l'affaire Vinter et autres contre Royaume-Uni du 9 juillet 2013, confirmée notamment dans Bodein contre France du 13 novembre 2014¹⁵²⁴, c'est également sur la base d'une lecture combinée de « *la grande majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe* »¹⁵²⁵ et des éléments de droit

¹⁵¹⁷ G. GONZALEZ, « Le jeu de l'interprétation consensuelle », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, édition Nemesis, Anthemis, 2014, p. 133.

¹⁵¹⁸ Cour EDH, 5 mars 2009, *Société de conception presse et d'édition et Ponson c. France*, req. n°26935/05, § 57.

¹⁵¹⁹ *Ibid.*, (souligné par nous).

¹⁵²⁰ Cour EDH, Gde ch., 17 septembre 2009, *Scoppola c. Italie (N°2)*, req. n°10249/03, Rec. 2009, § 106 (souligné par nous) ; *JDE*, 2010, n°166, pp. 58-65, chron. F. KRENC.

¹⁵²¹ Cour EDH, Gde ch., 6 juin 2010, *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, req. n°41615/07, Rec. 2010, § 135 ; Cour EDH, 7 mai 2015, *S.L. et J.L. c. Croatie*, req. n°13712/11, § 62.

¹⁵²² Cour EDH, Gde ch., 7 juillet 2011, *Bayatyan c. Arménie*, req. n°23459/03, § 102 spéc. ; *JCP G.*, 2011, n°36, p. 1555, note H. SURREL.

¹⁵²³ *Ibid.*, § 108.

¹⁵²⁴ Cour EDH, 13 novembre 2014, *Bodein c. France*, req. n°40014/10, § 55 ; *JCP G.*, 2014, n°48, 1223, obs. L. MILANO ; *JCP G.*, 2015, n°3, doct. 70, chron. F. SUDRE.

¹⁵²⁵ Cour EDH, Gde ch., 9 juillet 2013, *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, req. n°66069/09 et al., § 118 ; *JCP G.*, 2013, n°36, 918, obs. F. SUDRE.

international¹⁵²⁶, qu'elle dégage une nette tendance en faveur d'un réexamen des peines perpétuelles après vingt-cinq ans d'emprisonnement. Ainsi, par la recherche d'un « *super-consensus* »¹⁵²⁷ à la fois européen et international, le juge de Strasbourg a surtout pour objectif « *d'aligner à la hausse* »¹⁵²⁸ le standard de protection de la Convention.

b- La finalité néanmoins progressiste de la méthode employée

435. Le recours à la méthode de globalisation des sources qui, telle qu'utilisée dans l'affaire Demir et Baykara contre Turquie, permet l'émergence d'un consensus international à défaut d'un consensus européen suffisant, n'est toutefois pas désintéressé. A la décharge du juge, l'instrumentalisation de l'interprétation consensuelle et la lecture croisée des sources externes à la Convention semblent, en effet, s'inscrire dans la recherche d'un développement-renforcement des droits garantis, ayant abouti, en l'espèce, à la consécration du droit inédit de négociation collective comme découlant de l'article 11 de la Convention. Cette finalité essentiellement progressiste de la méthode de globalisation des sources, initiée dans la jurisprudence Demir et Baykara contre Turquie, se confirme également à la lecture de l'arrêt Matelly contre France du 2 octobre 2014¹⁵²⁹ où le Gouvernement invoquait les articles 5 et 6 de la Charte sociale européenne, tels qu'interprétés par le Comité européen des droits sociaux, et ce, afin de justifier le non-respect de la liberté syndicale dans le contexte particulier des forces armées. En l'espèce, la Cour de Strasbourg va – afin de ne pas voir la protection du droit à la liberté syndicale tirée vers le bas – volontairement écarter cette source¹⁵³⁰ pour conclure, sur le seul fondement de l'article 11 de la Convention, que l'interdiction absolue pour les militaires d'adhérer à un syndicat est contraire à la Convention. Par conséquent, si le juge européen fait assurément preuve d'arbitraire quant au choix des techniques interprétatives utilisées, il n'en reste pas moins fidèle à sa vocation première de gardien des droits et libertés.

436. Cela étant, même si la tendance internationale intervient plus régulièrement au soutien du consensus européen, cela n'empêche pas la Cour européenne de continuer à se référer uniquement à la « *tendance en droit international et comparé* » ou à « *une évolution*

¹⁵²⁶ *Ibid.*, § 120.

¹⁵²⁷ G. GONZALEZ, « Le jeu de l'interprétation consensuelle », *op. cit.*, p. 133.

¹⁵²⁸ *Ibid.*

¹⁵²⁹ Cour EDH, 2 octobre 2014, *Matelly c. France*, req. n°10609/10 ; *JCP G.*, 2014, n°43, 1083, obs. G. GONZALEZ.

¹⁵³⁰ *Ibid.*, § 74.

constante du droit international » pour consolider sa démonstration¹⁵³¹. Le principe de subsidiarité se voit ainsi malmené du fait de l'interprétation et application de la Convention, à l'aune d'une harmonisation *internationale* des droits de l'homme et d'une désintégration progressive des pratiques juridiques nationales au profit de pratiques universelles. Un « retour-arrière » quant à l'utilisation de cette méthode de globalisation des sources conduisant, en certaines hypothèses, à une internationalisation du consensus, semble avoir été esquissé – en sus de l'affaire Matelly contre France où le refus d'exercer une interprétation globalisante pouvait néanmoins s'expliquer au regard de l'exigence de protection effective des droits – dans une affaire R.M.T. contre Royaume-Uni du 8 avril 2014¹⁵³². En l'espèce, la Cour va limiter sa compétence au seul champ conventionnel et ainsi refuser – à rebours de sa jurisprudence antérieure – de prendre en compte les normes pertinentes de l'Organisation internationale du travail ou même, de la Charte sociale européenne, relatives au droit de grève¹⁵³³. Elle fait donc preuve d'une retenue particulière¹⁵³⁴ la conduisant, en l'espèce, au constat de non-violation de l'article 11 de la Convention. Cette affaire, si elle atteste de l'utilisation non-systématique de la technique de l'interprétation globalisante par le juge européen, démontre peut-être également sa libre faculté d'y recourir lorsqu'il s'agit de faire progresser la protection des droits. L'interprétation globalisante suivrait donc une logique de l'effet cliquet où seules la stagnation et l'amélioration du niveau de protection peuvent-être acceptables.

*

*

*

¹⁵³¹ Voir, en ce sens, Cour EDH, 23 mars 2010, *Cudak c. Lituanie*, req. n°15869/02 confirmé par Cour EDH, 18 janvier 2011, *Guadagnino c. Italie et France*, req. n°2555/03, § 69 ; Cour EDH, Gde ch., 28 septembre 2010, *Mangouras c. Espagne*, req. n°12050/04, § 86. Or, la Cour insiste sur le fait que « *ces nouvelles réalités doivent être prises en compte dans l'interprétation des exigences de l'article 5 § 3 en la matière* » (Cour EDH, Gde ch., 28 septembre 2010, *Mangouras c. Espagne*, req. n°12050/04, § 87, souligné par nous).

¹⁵³² Cour EDH, 8 avril 2014, *National Union of rail, maritime and transport workers (R.M.T.) c. Royaume-Uni*, req. n°31045/10 ; *JCP G.*, 2014, act. 515, obs. G. GONZALEZ ; *JCP G.*, 2014, n°28, doct. 832, chron. F. SUDRE.

¹⁵³³ *Ibid.*, § 106.

¹⁵³⁴ Gérard GONZALEZ explique, à ce titre, que « *la Cour déconnecte totalement son approche de celle des autres mécanismes internationaux donnant inévitablement l'impression de tisser maintenant " la toile de Pénélope " , défaisant maladroitement ce qu'elle avait joliment et courageusement construit en tenant compte du contexte international ici sacrifié sur l'autel d'une subsidiarité dont le Royaume-Uni semble avoir vocation à être l'un des principaux bénéficiaires. Comme si la Cour avait à se faire pardonner ses audaces passées* », voir G. GONZALEZ, « La Cour européenne solidaire de l'interdiction de la grève de solidarité », *JCP G.*, 2014, act. 515. Voir également du même auteur, « Du bon usage de la synergie des sources dans la construction, par la Cour européenne des droits de l'homme, du droit à la liberté syndicale », *RTDH*, 2015, n°103, pp. 589-602.

437. Une analyse approfondie de la jurisprudence européenne ainsi qu'une confrontation des différentes affaires envisagées dans cette première section, conduisent le lecteur à porter un regard essentiellement critique sur la méthode de détermination du consensus européen et, tout particulièrement, sur l'inconstance de la teneur de ce consensus pour être jugé déterminant. Les juges des droits de l'homme, eux-mêmes, s'inquiètent d'ailleurs des « *divergences, dans la jurisprudence de la Cour, de la valeur déterminante du consensus européen [ainsi que] du manque de rigueur des critères retenus pour [le] contrôler* »¹⁵³⁵.

438. Il est vrai qu'en la matière, le flou est total. Tantôt le juge européen se suffit d'une simple tendance européenne qu'il utilise différemment d'ailleurs, en tant qu'argument soit complémentaire soit déterminant de son raisonnement juridique. D'autres fois, il ne se satisfait pas d'un consensus européen existant mais exige que ce dernier soit suffisamment solide et stabilisé pour être pertinent. Or, de cette instabilité naît une protection européenne elle-même variable, puisque le juge européen s'avèrera – sans justification apparente – parfois progressiste et avant-gardiste, et parfois beaucoup plus frileux, n'osant plus être l'instigateur du changement malgré les évolutions qui se dessinent en Europe. Certains juges de la Cour européenne sont par conséquent favorables à l'abandon de la notion du consensus, « *plutôt restrictive [... et] que l'on retrouve très rarement dans la réalité* »¹⁵³⁶, pour une utilisation – plus opportune – de la notion de « *tendance* »¹⁵³⁷. Enfin, le juge de Strasbourg ira même jusqu'à dépasser le cadre européen du système conventionnel pour s'appuyer alors sur une tendance ou consensus au niveau international et ce, même s'il est contraire au consensus européen existant. L'internationalisation du consensus – si elle s'explique au regard du phénomène contemporain de la globalisation du droit qui invite le juge européen à multiplier ses sources d'interprétation et, donc, à s'octroyer une liberté interprétative et normative certaine – n'est toutefois pas de nature à clarifier la jurisprudence. Comme le souligne, en effet, le Professeur Gérard GONZALEZ, « *ce recours au bain international dans lequel évolue la Convention est devenu quasi-systématique avec, parfois, de redoutables effets sur la*

¹⁵³⁵ Opinion dissidente n°2 commune aux juges TULKENS, HIRVELÄ, LAZAROVA TRAJKOVSKA, § 8 sous l'arrêt Cour EDH, Gde ch., 3 novembre 2011, *S.H. et autres c. Autriche*, *op. cit.*

¹⁵³⁶ Opinion partiellement dissidente commune aux juges CASADEVALL, ZIEMELE, KOVLER, JOCIENE, SIKUTA, DE GAETANO et SICILIANOS, § 15 sous l'arrêt Cour EDH, Gde ch., 19 février 2013, *X. et autres c. Autriche*, req. n°19010/07, *JCP G.*, n°29, 2013, doctr. 855, chron. F. SUDRE ; *RTD Civ.*, 2013, n°2, pp. 329-333, note J-P. MARGUENAUD.

¹⁵³⁷ *Ibid.*

prévisibilité de l'interprétation consensuelle »¹⁵³⁸. Ainsi, et sans qu'il soit forcément nécessaire de faire diversion avec l'outil du droit international, il ne sera guère étonnant de constater que la Cour européenne peut différemment apprécier, au sein d'une même affaire, l'élément consensuel. Selon son arrêt de chambre – dans lequel elle constate un « *dénominateur commun [...] en ce qui concerne l'exercice effectif des droits électoraux par les expatriés* »¹⁵³⁹ – ou de Grande chambre – dans lequel elle s'appuie cette fois sur la grande diversité existant en Europe quant aux modalités d'exercice de ce droit de vote¹⁵⁴⁰ – elle conclura ou non à un constat de violation.

439. Cette inconstance manifeste de l'élément consensuel qui – rappelons-le – constitue *a priori* l'un des critères de l'étendue du contrôle européen, aura inévitablement des répercussions sur la mise en œuvre et le respect du principe de subsidiarité. En raison de l'instabilité du degré de consensus requis et des fluctuations de sa valeur déterminante, l'usage de cette technique et de ses implications sur les variations de la marge nationale d'appréciation seront pour le moins aléatoires, pour ne pas dire, incohérents.

SECTION 2 : L'INCOHÉRENCE DES IMPLICATIONS DU CONSENSUS SUR L'ÉTENDUE DE LA MARGE NATIONALE D'APPRÉCIATION

440. Si de jurisprudence constante, la Cour européenne affirme que l'élément consensuel est un critère déterminant de l'étendue de la marge nationale d'appréciation, les temps ont bien changé, la Cour n'hésitant plus désormais à dévaluer son caractère opérant. Dans une affaire Van der Heijden contre Pays-Bas du 3 avril 2012, « *la Cour relève [en effet] que les Etats membres du Conseil de l'Europe suivent des pratiques très diverses en ce qui concerne la possibilité de contraindre des personnes à témoigner* »¹⁵⁴¹ et affirme, sans ambages, que « *bien que l'absence de communauté de vues ne soit pas en elle-même déterminante, elle milite en faveur de la reconnaissance d'une ample marge*

¹⁵³⁸ G. GONZALEZ, « Le jeu de l'interprétation consensuelle », *op. cit.*, p. 132.

¹⁵³⁹ Cour EDH, 8 juillet 2010, *Sitaropoulos et al. c. Grèce*, req. n°42202/07, § 46 ; *JCP G.*, 2011, n°4, pp. 182-188, chron. F. SUDRE ; *RTDH*, 2014, n°100, p. 937, S. BESSON et A-L. GRAF-BRUGERE.

¹⁵⁴⁰ *Ibid.*, § 75 : « Quant aux modalités d'exercice de ce droit prévues par les Etats membres du Conseil de l'Europe qui autorisent le vote à l'étranger, elles présentent actuellement une grande variété ».

¹⁵⁴¹ Cour EDH, Gde ch., 3 avril 2012, *Van Der Heijden c. Pays-Bas*, req. n°42857/05, § 61 ; *JCP G.*, n°17, 2012, 525, obs. B. PASTRE-BELDA ; *JCP G.*, n°35, 2012, doct. 924, chron. F. SUDRE.

d'appréciation »¹⁵⁴². Si cette affirmation est pour le moins déconcertante, elle n'était pour autant pas imprévisible à l'aune des flottements de la jurisprudence contemporaine du juge européen, faisant de moins en moins cas de ce critère, finalement utilisé comme bon lui semble. Ainsi, dans une affaire *Hirst n°2* contre Royaume-Uni du 6 octobre 2005, elle avait déjà estimé que « *le fait qu'on ne puisse discerner aucune approche européenne commune ne saurait être déterminant pour la question à trancher* »¹⁵⁴³.

441. Le constat d'une incohérence des implications du consensus sur l'étendue de la marge nationale d'appréciation sera pour l'essentiel établi sur le fondement d'une étude récente de la jurisprudence européenne. Face à l'impossibilité de mener une analyse systématique de l'ensemble du corpus jurisprudentiel en matière d'interprétation consensuelle, la démarche scientifique adoptée consistera, en effet, à appréhender les instrumentalisation du consensus dans la jurisprudence contemporaine – à partir des années 2000 en général mais avec une lecture particulièrement attentive des affaires datant des années 2010 à nos jours – afin de parvenir à une première délimitation nécessaire du champ de l'étude. Sur cette base, il conviendra ensuite d'analyser comment la Cour de Strasbourg appréhendait le critère du consensus dans ses précédents jurisprudentiels et donc, dans des affaires portant sur une question comparable. Outre l'instrumentalisation du critère du consensus et, par voie de conséquence, du principe de subsidiarité, cette démarche permettra également de dater les débuts d'une utilisation variable de l'élément consensuel et d'ainsi constater que cette tendance européenne à la manipulation du critère du consensus va globalement de pair avec l'instauration de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme, sans toutefois que cette dernière ne se livre, évidemment, à une appréciation systématiquement dénaturée du consensus. En effet, les hypothèses d'une instrumentalisation manifeste du consensus sont globalement rares avant les années 2000, une absence de critiques à l'égard de l'interprétation consensuelle dans la doctrine avant les années 2000 confirmant d'ailleurs notre sentiment¹⁵⁴⁴.

¹⁵⁴² *Ibid.*, (souligné par nous).

¹⁵⁴³ Cour EDH, Gde ch., 6 octobre 2005, *Hirst c. Royaume-Uni (N°2)*, req. n°74025/01, Rec. 2005-IX, § 81 (souligné par nous) ; *JDI*, 2006, n°3, pp. 1169-1171, note M. EUDES.

¹⁵⁴⁴ Voir, notamment, V. CLAUDE, *L'interprétation consensuelle de la CEDH*, Mémoire de DEA, Université Montpellier I, IDEDH, 1998 ; A-D. OLINGA et C. PICHERAL, « La théorie de la marge nationale d'appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1995, pp. 567-604. Les auteurs soulignent néanmoins l'absence d'analyse comparative approfondie et l'existence de conséquences non-systématiques, voir spéc. p. 581 ; F. RIGAUX, « Interprétation consensuelle et évolutive », in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruylant, coll. « Droit et justice » n°21, 1998, p. 41 et suiv. ; G. VAN DER MEERSCH, « Le caractère autonome des termes et la

442. Cette incohérence des implications du consensus sur l'étendue de la marge nationale d'appréciation devra, par ailleurs, être regardée comme une conséquence directe de l'instabilité et indétermination du degré de consensus requis par le juge européen¹⁵⁴⁵. En effet, le flou de la jurisprudence quant au niveau – variable – du consensus nécessaire pour être jugé déterminant, aura naturellement des répercussions sur la mise en œuvre – elle-même fluctuante – de ce principe. Comme vu dans la section précédente, le juge européen jongle entre différentes valeurs, mais aussi niveaux – européen ou international – de convergence et semble donc assez librement décider de la présence ou de l'absence d'une communauté de vues dans chaque affaire.

443. Notons, enfin, que l'appréciation de la présence ou de l'absence d'un consensus européen peut s'avérer particulièrement litigieuse puisque réversible. En effet, lorsque la Cour constate *l'existence d'un consensus* en ce qui concerne, par exemple, la reconnaissance d'un droit à la connaissance de ses origines, n'est-il-pas possible de relever, à l'inverse, *une absence de consensus* quant à la protection du droit des parents biologiques à conserver leur anonymat ? Cette réversibilité dangereuse de l'élément consensuel, dont use et abuse la Cour de Strasbourg, peut conduire à une complexification du contrôle, à l'exemple de l'affaire B. et L. contre Royaume-Uni du 13 septembre 2005. En l'espèce, la Cour constate « *qu'il existe un grand nombre d'États membres [ayant] une législation similaire [au Royaume-Uni] dans leur droit interne* »¹⁵⁴⁶ et observe donc la présence d'un consensus allant dans le sens d'un maintien de la réglementation britannique. Or, relever un tel consensus – appréhendé du point de vue étatique et non dans le sens des prétentions du requérant – brouille quelque peu le contrôle de la Cour puisque, contrairement au principe selon lequel la présence d'un dénominateur commun induit une réduction de la marge nationale d'appréciation, ce consensus « en faveur » de l'Etat suppose, à l'inverse, une large marge d'appréciation¹⁵⁴⁷. Cette réversibilité de la prise en compte du consensus s'illustre également dans une affaire SAS contre France du 1^{er} juillet 2014 où la Cour affirme, par exemple, « *qu'il n'y a en Europe*

marge d'appréciation des gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des Droits de l'Homme », in *Protection des droits de l'Homme : dimension européenne. Mélanges en l'honneur de Gérard J. WIARDA*, Carl Heymanns Verlag, 1988, pp. 201-220.

¹⁵⁴⁵ Voir *supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.

¹⁵⁴⁶ Cour EDH, 13 septembre 2005, *B. et L. c. Royaume-Uni*, req. n°36536/02, § 36 ; *RTD Civ.*, 2005, n°4, pp. 735-737, note J.P. MARGUENAUD.

¹⁵⁴⁷ Pour plus de détails, voir *infra* (Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 2) l'analyse de l'arrêt.

aucun consensus en la matière, que ce soit pour ou contre une interdiction générale du port du voile intégral dans l'espace public »¹⁵⁴⁸.

444. Le consensus – parce que malléable – peut être par conséquent différemment appréhendé par le juge européen¹⁵⁴⁹. Il serait donc étonnant que ce même juge se prive ensuite d'une application de l'interprétation consensuelle décomplexée, profitant au contraire de cette liberté interprétative esquissée au titre de la détermination-appréciation du consensus. Pour ce faire, le juge de Strasbourg adoptera différentes attitudes face à l'existence ou l'absence d'un consensus, offrant ainsi un large panel d'alternatives quant aux implications possibles du consensus sur l'étendue de la marge. En effet, la Cour européenne ne suivra pas toujours ni les convergences ni les divergences entre Etats membres, qui guident pourtant son activisme ou sa retenue judiciaire, mais confèrera au consensus des implications sur l'étendue de la marge pour le moins variables. Ces incohérences confirmeront, par ailleurs, la liberté du juge européen dans l'utilisation de cette technique et, par voie de conséquence, du principe de subsidiarité dont elle est le principal garant, que ce soit lorsqu'il est confronté à l'existence (§. 1) ou à l'absence (§. 2) d'un consensus entre Etats membres.

§1- La liberté du juge européen face à l'existence d'un consensus

445. Comme démontré précédemment¹⁵⁵⁰, une saine application du principe de subsidiarité implique que la Cour européenne – lorsque confrontée à la présence d'un dénominateur commun entre les Etats membres de la Convention – fasse œuvre d'un contrôle plus rigoureux, la marge d'appréciation de l'Etat étant naturellement réduite, puisque ce dernier se situe en dehors du standard européen commun. Mais la cohérence de la jurisprudence européenne – appréhendée à la lumière de la dialectique « présence d'un consensus/marge d'appréciation réduite » – reste somme toute relative puisque le juge européen n'hésite pas, dans certaines hypothèses, à faire fi de ses propres principes jurisprudentiels pour interpréter librement le critère de la présence d'un consensus entre Etats membres.

¹⁵⁴⁸ Cour EDH, Gde ch., 1 juillet 2014, *S.A.S. c. France*, req. n°43835/11, § 156 (souligné par nous) ; *JCP G.*, 2014, n°39, 974, note A. LEVADE ; *JCP G.*, 2014, n°29, 835, libres propos B. BONNET.

¹⁵⁴⁹ Pour une étude complémentaire à la nôtre, voir par exemple F. SUDRE, « La mystification du “ consensus ” européen », *JCP G.*, 2015, n°50, doctr. 1369.

¹⁵⁵⁰ Voir *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, § 2.

446. Ainsi, la liberté du juge européen face à l'existence d'un consensus entre les pays européens – nous évacuons d'office les hypothèses d'une juste application du consensus puisque déjà étudiées¹⁵⁵¹ – peut s'illustrer de trois manières différentes : soit il ignore ce consensus implicite et tranche à contre-courant de la majorité des Etats membres, soit il le déforme pour justifier une solution différente de celle induite par la présence d'un consensus. Enfin, il ira même jusqu'à développer une interprétation radicalement contraire au consensus enregistré. Finalement, toutes les implications dévoyées de la présence d'un consensus se traduiront par l'octroi contestable d'une large marge d'appréciation, que ce consensus entre Etats membres soit seulement implicite (A) ou même explicite (B) ; ce qui confirme *in fine* que maintes atteintes sont ainsi portées au principe de subsidiarité. La distinction opérée entre la présence implicite ou explicite d'un consensus tiendra donc au fait que la Cour se garde parfois de tirer les conclusions qui s'imposent au regard de son étude comparative et donc d'identifier – même si sa présence est évidente – le consensus existant (i.e. consensus implicite). D'autres fois, elle ne s'embarrasse plus à essayer de masquer ou contourner ce consensus – qu'elle constate donc expressément – pour conclure à l'extension critiquable de la marge d'appréciation de l'Etat (i.e. consensus explicite).

A- Une extension de la marge malgré l'existence d'un consensus implicite

447. Si les principaux exemples d'une instrumentalisation manifeste de l'élément consensuel sont souvent célèbres et donc connus, leur analyse présentera néanmoins un double intérêt. D'une part, l'objectif sera de démontrer qu'ils ont visiblement été les premières manifestations d'une utilisation variable du consensus, la Cour n'ayant *a priori* nullement procédé à une telle lecture de l'interprétation consensuelle dans des affaires antérieures portant sur des mêmes faits (1). D'autre part, l'objectif sera de démontrer que, loin d'être des « emblèmes » obsolètes des écarts de la Cour européenne, ils ont été bien souvent reconfirmés (2).

¹⁵⁵¹ *Ibid.*

1- Les premières manifestations d'une instrumentalisation manifeste du consensus implicite

448. Au titre d'une instrumentalisation visant à neutraliser la présence d'un consensus implicite, ne pourront être dans un premier temps ignorées les célèbres affaires Odièvre contre France du 13 février 2003 et Yumak et Sadak contre Turquie du 8 juillet 2008, dans lesquelles le caractère implicite du consensus sera néanmoins variable, la seconde affaire attestant de la présence d'un consensus qui – sans être en tant que tel identifié – n'en reste pas moins évident.

449. L'arrêt de Grande chambre Odièvre contre France du 13 février 2003 tout d'abord – concernant l'impossibilité pour les enfants nés « sous X » d'avoir accès à la connaissance de leurs origines – est l'une des affaires symptomatiques de l'utilisation libérée du consensus par la Cour, cette dernière se jouant de la fameuse réversibilité du dénominateur commun. La Cour européenne va en effet, au titre de son contrôle de proportionnalité, observer que « *les Etats contractants ne connaissent pas [...] de législations comparables à celle de la France* »¹⁵⁵². Or, si l'existence d'un consensus sur le droit d'accès à la connaissance de ses origines – puisque la majorité de ces Etats ne protège pas l'anonymat de la mère ayant accouché sous X – est seulement implicite dans la motivation juridique, il est toutefois très étonnant de voir la Cour conclure à une « *diversité des systèmes et traditions juridiques, ainsi d'ailleurs que des pratiques d'abandon* »¹⁵⁵³. Il semble pourtant évident que l'argument présenté de manière négative et selon lequel les Etats ne connaissent pas de législations semblables à la France, implique dans sa version affirmative que la France est donc un pays isolé face aux pratiques des autres Etats membres. La Cour confirme d'ailleurs qu'« *avec la France, seuls l'Italie et le Luxembourg autorisent la mère à ne pas indiquer son nom au moment de l'accouchement* »¹⁵⁵⁴. Par conséquent, il existe bien un consensus européen en faveur d'une protection du droit à la connaissance de ses origines, ce qui n'empêchera nullement la Cour de considérer que « *les Etats doivent jouir d'une certaine marge d'appréciation* »¹⁵⁵⁵ en la matière. Faisant fi de ce consensus implicite, elle instrumentalise donc le dénominateur commun et se suffit du constat volontairement déformé d'une diversité des systèmes, afin de conférer à l'Etat membre une marge d'appréciation suffisante. La Cour

¹⁵⁵² Cour EDH, Gde ch., 13 février 2003, *Odièvre c. France*, req. n°42326/98, Rec. 2003-III, § 47 ; *JCP G.*, 2003, II, 10049, note A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE ; *RTDH*, 2004, n°58, pp. 405-421, comm. V. BONNET.

¹⁵⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁵⁴ *Ibid.*, § 37.

¹⁵⁵⁵ *Ibid.*, § 47.

vient ici renverser – et par là-même anéantir – l'argument du consensus, afin de justifier une solution de non-violation de la Convention¹⁵⁵⁶, à l'opposé de celle normalement induite par la présence d'un consensus. L'opinion dissidente commune à sept juges ne se prive d'ailleurs pas de souligner qu'« *en se fondant sur la prétendue diversité des systèmes et des traditions juridiques [...], la majorité prend l'argument du consensus européen à rebours et le vide complètement de sa substance* »¹⁵⁵⁷.

450. Si la Cour ne s'était encore jamais vue directement confrontée au cas particulier d'accouchements anonymes entravant le droit de l'enfant à la connaissance de ses origines – question qu'elle aborde, à l'inverse, dans des arrêts postérieurs Kearns contre France¹⁵⁵⁸ et Godelli contre Italie¹⁵⁵⁹ notamment – elle avait néanmoins déjà eu à traiter d'affaires similaires où étaient en cause des actions en recherche ou désaveu de paternité et dans lesquelles elle semblait s'être livrée à une appréciation plus honnête de l'élément consensuel. Dans une ancienne jurisprudence Rasmussen contre Danemark du 28 novembre 1984, la Chambre avait en effet noté qu'« *une étude de la législation des États [contractants] sur les actions en contestation de paternité révèle qu'il n'existe pas de dénominateur commun et que, dans la plupart d'entre eux, la situation respective de la mère et du mari obéit à des règles dissemblables* »¹⁵⁶⁰. De cette absence de consensus découle donc la reconnaissance d'une « *marge d'appréciation dont les autorités doivent bénéficier en la matière* »¹⁵⁶¹, si bien qu'en l'espèce, la Cour conclut à une absence de violation de l'article 14 combiné à 6 de la Convention. Dans deux autres affaires Keegan contre Irlande du 26 mai 1994 et Kroon et autres contre Pays-Bas du 27 octobre 1994 portant également sur des procédures ayant trait à la paternité, aucune référence au consensus que ce soit au titre de l'analyse du droit comparé ou du contrôle de proportionnalité n'avait été, à l'inverse, mentionnée par la Cour¹⁵⁶², sans que l'on y dénote pour autant une dénaturation de l'élément consensuel. Enfin, dans l'affaire Mikulic contre Croatie du 7 février 2002 traitant de l'impossibilité pour la requérante de

¹⁵⁵⁶ Des évolutions ont, ensuite, été apportées avec la jurisprudence Cour EDH, 25 septembre 2012, *Godelli c. Italie*, Req. n°33783/09 ; *JCP G.*, 2012, n°41, 1083, veille K. BLAY-GRABARCZYK.

¹⁵⁵⁷ Opinion dissidente commune aux juges WILDHABER, BRATZA, BONELLO, LOUCAIDES, CABRAL BARRETO, TULKENS et PELLONPÄÄ dans Cour EDH, Gde ch., 13 février 2003, *Odièvre c. France*, *op. cit.*

¹⁵⁵⁸ Cour EDH, 10 janvier 2008, *Kearns c. France*, req. n°35991/04 ; *JCP G.*, 2008, n°30, I 167, chron. F. SUDRE.

¹⁵⁵⁹ Cour EDH, 25 septembre 2012, *Godelli c. Italie*, *op. cit.*

¹⁵⁶⁰ Cour EDH, 28 novembre 1984, *Rasmussen c. Danemark*, req. n°8777/79, série A n°87, § 41.

¹⁵⁶¹ *Ibid.*

¹⁵⁶² Dans ces deux affaires, la Cour va d'ailleurs se contenter d'une mention théorique à la marge nationale d'appréciation, au titre du rappel des principes généraux seulement, et non de manière substantielle, lors de la pesée des intérêts en jeu.

mener à bien son action en recherche de paternité, la Cour européenne va là encore relever que « *les Etats parties à la Convention ont retenu des solutions différentes face au problème qui se pose lorsqu'un père présumé refuse d'obtempérer à la décision d'un tribunal lui enjoignant de subir les tests voulus pour établir les faits* »¹⁵⁶³. Dans certains Etats, ce refus peut en effet se voir condamner à une amende ou à une peine d'emprisonnement, alors que dans d'autres, il peut faire naître une présomption de paternité ou même constituer une atteinte à l'autorité de la justice passible de poursuites pénales. Face à l'absence de consensus et la présence d'un pluralisme explicite, la Cour reconnaît donc que l'Etat membre dispose d'une certaine marge d'appréciation. Elle concède, en effet, qu'« *un système tel que celui de la Croatie, qui ne prévoit pas de moyens de contraindre le père prétendu à [...] se soumettre à des tests ADN, peut en principe être jugé compatible avec les obligations découlant de l'article 8, eu égard à la marge d'appréciation de l'Etat* »¹⁵⁶⁴. Bien que cette marge ne soit pas, en l'espèce, suffisante pour éviter une condamnation de l'Etat – dans la mesure où l'absence de toute mesure procédurale de contrainte ne se voit nullement compenser par la prise d'autres mesures permettant de mener à bien l'action en recherche de paternité – le juge des droits de l'homme réalise néanmoins une lecture fidèle de l'élément consensuel selon lequel l'absence de consensus octroie une plus grande marge aux Etats membres. L'analyse confirme donc, qu'avant l'affaire Odièvre (2003), la Cour européenne ne s'était pas adonnée à des interprétations litigieuses du consensus en matière de droit à la connaissance de ses origines. Et si l'affaire Mikulic (2002) montre que la nouvelle Cour de Strasbourg ne se livre évidemment pas de manière systématique à des appréciations dénaturées du consensus, elle ne s'en prive toutefois plus.

451. La Cour procèdera à l'identique dans une autre affaire emblématique – Yumak et Sadak contre Turquie du 8 juillet 2008¹⁵⁶⁵ – concernant l'exigence d'un seuil électoral de 10 % des suffrages exprimés pour les élections législatives. En l'espèce, elle observe en effet que « *le seuil national de 10 % appliqué en Turquie est le plus élevé de tous les seuils appliqués en Europe* »¹⁵⁶⁶ et fait toutefois mine de ne pas remarquer l'existence d'un consensus implicite – mais néanmoins évident – en faveur de seuils électoraux par conséquent

¹⁵⁶³ Cour EDH, 7 février 2002, *Mikulic c. Croatie*, req. n°53176/99, Rec. 2002-I, § 64 ; *RTD Civ.*, 2002, pp. 866-867, note J.P. MARGUENAUD.

¹⁵⁶⁴ *Ibid.*

¹⁵⁶⁵ Cour EDH, Gde ch., 8 juillet 2008, *Yumak et Sadak c. Turquie*, req. n°10226/03, Rec. 2008 ; *JCP G.*, 2009, n°3, I-104, pp. 27-32, chron. F. SUDRE.

¹⁵⁶⁶ *Ibid.*, § 127.

plus bas. Si tout concourait ici au constat de l'existence d'un consensus entre États membres ayant opté pour la représentation proportionnelle – à savoir, qu'en règle générale, le seuil électoral se situe aux environs de 5 % des suffrages exprimés – et, en conséquence, à une réduction de la marge d'appréciation de la Turquie¹⁵⁶⁷, la Cour européenne en décide autrement. Rappelant à maintes reprises que « *les Etats contractants jouissent d'une ample marge d'appréciation quand il s'agit de déterminer le mode de scrutin* »¹⁵⁶⁸, elle conclut que ce seuil n'est pas en lui-même incompatible avec l'article 3 du protocole n°1 de la Convention et ce, tout en admettant son caractère manifestement excessif¹⁵⁶⁹. La Cour choisit donc de neutraliser ce dénominateur commun implicite bien que manifeste, la Turquie ayant très clairement une position isolée et se situant donc en dehors du standard européen commun. Elle se joue très clairement ici des flottements relatifs à la méthode d'identification du consensus et concède, au gouvernement défendeur, une marge d'appréciation suffisamment large, lui permettant ainsi de conclure à la non-violation de l'article 3 du Protocole n°1.

452. Dans des affaires antérieures portant sur la même question de la conventionnalité des seuils électoraux, la Cour européenne avait également abouti à une validation des seuils en cause en raison de l'ample marge d'appréciation traditionnellement octroyée à l'Etat membre sur le terrain de l'article 3 du protocole n°1. Toutefois, elle n'avait nullement procédé à une telle manipulation du consensus, dès lors qu'étaient en cause des seuils électoraux bien plus bas que celui de 10 % présent en Turquie. Dans une décision d'irrecevabilité Tete contre France du 9 décembre 1987¹⁵⁷⁰, la Commission européenne explique, en effet, qu'« *eu égard à la diversité dans l'espace, et à la variabilité dans le temps, de leurs lois en matière [de systèmes électoraux], une large marge d'appréciation est reconnue aux Etats contractants* ». Cela étant, était en cause en l'espèce, un seuil électoral de « *cinq pour cent des suffrages exprimés* » pour une admission des listes à la répartition des sièges, qui loin d'être isolé et seulement présent en France, semblait au contraire faire partie de la norme européenne. Dans une autre affaire Magnago et Sudtiroler Volkspartei contre Italie du 15 avril 1996, elle confirme que l'obligation d'atteindre un seuil de 4 % des suffrages exprimés au niveau national n'est pas de nature à emporter une violation de la Convention. La Commission rappelle, à ce titre, que « *même un système fixant un seuil relativement élevé, au regard du*

¹⁵⁶⁷ F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », JCP G., n°3, 2009, I 104.

¹⁵⁶⁸ Cour EDH, Gde ch., 8 juillet 2008, *Yumak et Sadak c. Turquie*, op. cit., §§ 110, 113, 126 ; JCP G., 2009, n°3, I-104, pp. 27-32, chron. F. SUDRE.

¹⁵⁶⁹ *Ibid.*, § 147.

¹⁵⁷⁰ Com. EDH, 9 décembre 1987, *Tete c. France*, req. n°11123/84, D.R. n°54, p. 52.

nombre de signatures exigées pour la présentation d'une candidature ou d'une liste électorale, ou comme en l'espèce, d'un pourcentage minimum de suffrages sur l'ensemble du territoire national, ne doit pas être considéré comme dépassant la marge d'appréciation accordée aux Etats en la matière ». Cela étant, cette marge pouvait, là encore, se justifier au regard de l'absence de consensus imposant la fixation d'un seuil électoral plus bas ou, à l'inverse, en raison de la présence d'un consensus allant dans le sens de la position de l'Italie qui, par le choix d'un seuil de 4%, n'était manifestement pas en dehors de la pratique européenne commune. Il en va de même dans deux autres affaires *Federacion Nacionalista Canaria contre Espagne* du 7 juin 2001¹⁵⁷¹ et *Partija "Jaunie Demokrati" contre Lettonie* du 29 novembre 2007¹⁵⁷², où elle valide réciproquement et à bon droit, le seuil de 6 % et de 5 % des suffrages exprimés. Cette analyse des quelques précédents judiciaires en matière de contrôle des seuils électoraux exigés, confirme donc que la Cour de Strasbourg n'avait encore jamais validé un seuil électoral aussi élevé que celui exigé en Turquie, procédant de la sorte et pour la première fois, à une manipulation du consensus implicitement constaté, au profit de l'importante marge d'appréciation accordée aux Etats membres lorsqu'est en cause l'article 3 du protocole n°1.

2- Une confirmation de l'instrumentalisation du consensus implicite

453. Depuis les années 2010 environ, le juge des droits de l'homme est, à plusieurs reprises, venu réitérer sa pratique d'une instrumentalisation du consensus dans différentes affaires dont l'arrêt *Van Der Heijden contre Pays-Bas* du 3 avril 2012, portant sur le refus des autorités nationales d'accorder une dispense à la requérante obligée de témoigner en matière pénale contre son compagnon. Dans cet arrêt, la Cour observe que « *les Etats membres du Conseil de l'Europe suivent des pratiques très diverses en ce qui concerne la possibilité de contraindre des personnes à témoigner* »¹⁵⁷³ ce qui « *milite en faveur de la reconnaissance d'une ample marge d'appréciation* »¹⁵⁷⁴ aux Pays-Bas et incite au constat d'une non-violation de l'article 8 de la Convention. Pourtant, la démarche du juge européen quant à l'identification d'un potentiel consensus n'est pas sans ambiguïté. Malgré la diversité

¹⁵⁷¹ Cour EDH, 7 juin 2001, *Federacion Nacionalista Canaria c. Espagne*, req. n°56618/00, Rec. 2001-VI.

¹⁵⁷² Cour EDH, déc., 29 novembre 2007, *Partija "Jaunie Demokrati" et Partija "Musu Zeme" c. Lettonie*, req. n°10547/07 et al.

¹⁵⁷³ Cour EDH, Gde ch., 3 avril 2012, *Van Der Heijden c. Pays-Bas*, req. n°42857/05, § 61 (souligné par nous) ; *JCP G.*, n°17, 2012, 525, obs. B. PASTRE-BELDA ; *JCP G.*, n°35, 2012, doct. 924, chron. F. SUDRE.

¹⁵⁷⁴ *Ibid.*

constatée, le juge strasbourgeois note, en effet, que « *les Pays-Bas figurent parmi les nombreux Etats membres du Conseil de l'Europe qui ont choisi de dispenser dans leur législation certaines catégories de personnes de l'obligation de témoigner* »¹⁵⁷⁵ et souligne donc, à nouveau, toute la malléabilité du consensus dont la présence ou l'absence varie selon le point de vue retenu. Tout dépend donc du référentiel choisi par la Cour, la démarche comparative pouvant tout aussi bien mener au constat d'une absence de consensus entre l'ensemble des Etats membres à la Convention quant au choix général de contraindre des personnes à témoigner, ou à la présence d'un consensus entre les Etats ayant adopté ce type de législation quant au choix spécifique des catégories de personnes dispensées d'une telle obligation.

454. Par ailleurs et ainsi que le démontrent les juges CASADEVALL et LOPEZ GUERRA dans leur opinion dissidente commune, cette conclusion est contestable puisque, sur les trente-huit Etats membres qui reconnaissent un droit à être exonéré de l'obligation de témoigner dans le cadre d'une procédure pénale, vingt-deux reconnaissent ce droit aux personnes se trouvant dans une situation identique à celle de la requérante. Il existerait donc bien un consensus européen en faveur d'une dispense de l'obligation de témoigner pour les conjoints – bien que non mariés – du prévenu. Si le consensus européen implicite est ici volontairement ou non ignoré par le juge européen, « *ce constat confirme, une fois de plus, le caractère relatif de l'approche de la Cour quant à l'existence du consensus* »¹⁵⁷⁶. Dans une affaire traitant de l'obligation faite à un journaliste de révéler ses sources dans le cadre d'une procédure pénale¹⁵⁷⁷, ou dans un autre arrêt portant sur le refus d'autoriser un couple à se marier en prison afin de soustraire l'un des conjoints à son devoir de témoigner¹⁵⁷⁸, la Cour n'avait toutefois pas utilisé sa technique de l'interprétation consensuelle et ne s'était donc pas livrée à une telle appréciation du consensus.

455. Cette relativité de l'approche consensuelle est également perceptible à la lecture de l'affaire R.M.T. contre Royaume-Uni du 8 avril 2014, portant sur l'interdiction légale faite

¹⁵⁷⁵ *Ibid.*, § 65.

¹⁵⁷⁶ Opinion dissidente commune des juges TULKENS, VAJIĆ, SPIELMANN, ZUPANČIČ et LAFFRANQUE, § 5 sous Cour EDH, Gde ch., 3 avril 2012, *Van Der Heijden c. Pays-Bas*, *op. cit.* Voir également B. PASTRE-BELDA, « La Cour européenne des droits de l'homme – Entre promotion de la subsidiarité et protection effective des droits », *RTDH*, 2013, n°94, p. 269 qui note une « *incohérence dans le raisonnement s'expliqu[ant] sûrement par une volonté assidue à donner satisfaction aux Etats en justifiant les ingérences dénoncées* ».

¹⁵⁷⁷ Cour EDH, 22 novembre 2007, *Voskuil c. Pays-Bas*, req. n°64752/01.

¹⁵⁷⁸ Cour EDH, 5 janvier 2010, *Frasik c. Pologne*, req. n°22933/02, Rec. 2010 ; *GACEDH*, n°50 ; *JCP G.*, 2010, n°5, 131, obs. B. PASTRE-BELDA ; *JCP G.*, 2010, n°35, doct. 859, chron. F. SUDRE.

à un syndicat d'organiser des actions revendicatives secondaires. Dans cet arrêt, la Cour européenne vient en effet mobiliser la notion inédite de « *consensus démocratique* »¹⁵⁷⁹, au sein du Royaume-Uni et en faveur d'une interdiction des actions secondaires valable depuis plus de vingt ans, contrairement à la notion classique de « consensus européen » normalement constatée à l'aune d'une comparaison réalisée entre les Etats membres de la Convention. Cette invocation est d'autant plus surprenante que le Royaume-Uni est l'un des rares États membres à avoir une opinion aussi tranchée sur la question d'une limitation de l'exercice du droit de grève puisque – comme le remarque la Cour – il fait partie du petit groupe d'États européens – et donc de la minorité – qui adopte des positions aussi catégoriques que celles d'une interdiction pure et simple des actions secondaires¹⁵⁸⁰. Malgré la diversité apparente que constate la Cour¹⁵⁸¹, il semblerait donc que l'analyse comparative révèle en filigrane l'existence d'un plus grand nombre d'Etats – et donc d'un potentiel consensus – en faveur d'une attitude bien plus permissive sur la question du droit d'organiser des grèves de solidarité. Pourtant, la Cour conclut à une absence de violation de l'article 11 de la Convention du fait de la marge d'appréciation dont dispose le Royaume-Uni¹⁵⁸² qui – bien que naturellement plus étendue lorsqu'est en cause un aspect secondaire de la liberté syndicale¹⁵⁸³ – nous semble excessivement large en l'espèce, au regard de la convergence européenne implicite en faveur d'une protection du droit de grève et des actions secondaires. Or, l'étrange notion de « consensus démocratique » ainsi que l'occultation du consensus ou de la tendance en faveur d'une protection accrue de ce droit, conduit finalement le juge européen à accorder la priorité à une spécificité britannique au mépris de la vocation d'harmonisation de la Convention¹⁵⁸⁴. A titre complémentaire, notons que face au droit de grève dont la reconnaissance a été amorcée dans l'arrêt *Satilmis et autres contre Turquie*¹⁵⁸⁵ et récemment confirmée¹⁵⁸⁶, le juge européen n'avait pas eu recours au droit comparé – et donc à son instrumentalisation – pour considérer

¹⁵⁷⁹ Cour EDH, 8 avril 2014, *National Union of rail, maritime and transport workers (R.M.T.) c. Royaume-Uni*, req. n°31045/10, § 99 ; *JCP G.*, 2014, act. 515, obs. G. GONZALEZ ; *JCP G.*, 2014, n°28, doct. 832, chron. F. SUDRE.

¹⁵⁸⁰ *Ibid.*, § 91.

¹⁵⁸¹ *Ibid.*

¹⁵⁸² *Ibid.*, § 104.

¹⁵⁸³ *Ibid.*, § 87.

¹⁵⁸⁴ F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G.*, 2014, n°28, doct. 832.

¹⁵⁸⁵ Cour EDH, 17 juillet 2007, *Satilmis et autres c. Turquie*, req. n°74611/01.

¹⁵⁸⁶ Cour EDH, 21 avril 2009, *Enerji Yapi Yol Sen c. Turquie*, req. n°68959/01 ; *JCP G.*, 2009, n°29, 143, chron. F. SUDRE ; Cour EDH, 8 avril 2014, *National Union of rail, maritime and transport workers (R.M.T.) c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 87.

qu'une interdiction absolue et générale de faire grève¹⁵⁸⁷ ou qu'un avertissement donné pour avoir participé à une manifestation¹⁵⁸⁸ constituaient une violation de l'article 11 de la Convention. Si elle renonce, dans l'affaire R.M.T. contre Royaume-Uni, à exercer une interprétation globalisante¹⁵⁸⁹ pourtant favorable au requérant, ce n'est donc pas dans l'optique d'opérer une lecture plus apaisée des éléments de droit comparé.

456. L'incohérence des implications du consensus sur l'étendue de la marge s'est, enfin, vue confirmée dans une affaire *Mennesson contre France* du 26 juin 2014. En l'espèce, la Cour n'hésite pas à relever l'absence de consensus en Europe sur la question inédite et délicate de la légalité de la gestation pour autrui mais, également, sur celle de la reconnaissance juridique du lien de filiation entre les parents d'intention et les enfants issus d'une gestation pour autrui légalement pratiquée à l'étranger¹⁵⁹⁰. Pourtant, l'analyse comparative réalisée en la matière, avait permis d'établir que vingt-quatre des trente-cinq Etats étudiés autorisaient bien cette pratique¹⁵⁹¹, ce que la Cour avoue d'ailleurs à demi-mot lorsqu'elle relève que dans treize de ces trente-cinq Etats étudiés, cette reconnaissance juridique est possible, de même que sous conditions, dans onze autres de ces Etats¹⁵⁹² (soit vingt-quatre Etats acceptant la reconnaissance juridique du lien de filiation). Si cette « fausse » absence de consensus n'empêche pas la Cour de conclure à une violation de l'article 8 sous son volet vie privée, l'occultation du dénominateur commun implicite en faveur d'une reconnaissance juridique du lien de filiation, n'est toutefois pas de nature à clarifier la jurisprudence en matière d'interprétation consensuelle. Elle lui aura dans tous les cas permis de concéder à la France une ample marge d'appréciation¹⁵⁹³, orientant peut-être en partie son constat de non-violation du droit au respect de la vie familiale des requérantes.

457. Si, après analyse de ces différents exemples, les implications du consensus sur l'étendue de la marge d'appréciation peuvent apparaître « cohérentes » – puisque l'absence

¹⁵⁸⁷ Cour EDH, 21 avril 2009, *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turquie*, *op. cit.*

¹⁵⁸⁸ Cour EDH, 27 mars 2007, *Karacay c. Turquie*, req. n°6615/03 ; *JCP S.*, 2007, n°19, pp. 29-31, note J. CAVALLINI.

¹⁵⁸⁹ Voir *supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 2.

¹⁵⁹⁰ Cour EDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, req. n°65192/11, § 78 ; *JCP G.*, 2014, n°30-35, 877, note A. GOUTTENOIRE ; *JCP G.*, 2014, n°28, 827, obs. B. PASTRE-BELDA ; *JCP G.*, 2014, n°28, doct. 832, chron. F. SUDRE.

¹⁵⁹¹ *Ibid.*, § 42.

¹⁵⁹² *Ibid.*, § 78.

¹⁵⁹³ *Ibid.*, § 79.

d'approche commune finalement retenue par la Cour induit logiquement une extension de la marge – ils sont néanmoins la marque d'une interprétation consensuelle dénaturée. En effet, dans chacune des affaires exploitées, le juge européen vient volontairement ignorer ou déformer la présence d'un consensus implicite pour s'éviter un potentiel constat de violation, du fait d'une sensible réduction de la liberté des Etats. Si ces premiers exemples n'illustrent donc pas directement « l'incohérence des implications du consensus sur l'étendue de la marge », ils soulignent toutefois la liberté du contrôle du juge qui use « subtilement » de ce consensus pour décider librement de l'ampleur de cette marge. Notons toutefois que la question d'une identification du consensus implicite peut parfois s'avérer délicate, ainsi que l'illustre notamment l'affaire S.A.S. contre France où la Cour note une absence de consensus « *pour ou contre l'interdiction générale du port du voile intégral dans l'espace public* » et refuse ainsi de tirer de l'absence de telles législations en Europe (puisque seules la France et la Belgique ont adopté à ce jour une interdiction légale), la présence d'un consensus implicite en faveur d'un droit à la dissimulation du visage dans l'espace public¹⁵⁹⁴. S'il est vrai que dans certains Etats, une telle question ne se pose pas, il nous semble toutefois que de l'absence de législations européennes interdisant le port du voile découle l'existence d'un consensus implicite en faveur d'une autorisation au moins tacite de porter le voile intégral. Par conséquent, il nous semble que si ce consensus seulement implicite – déduit du silence des Etats membres – ne peut se voir conférer la même force que le consensus explicite, il aurait toutefois dû jouer en faveur des prétentions de la requérante et non dans le sens d'une extension de la marge nationale d'appréciation¹⁵⁹⁵. Cette instrumentalisation de l'élément consensuel se verra d'autant plus renforcée que la Cour de Strasbourg ignore ou contredit la présence d'une communauté de vues expressément identifiée, pour finalement octroyer à l'Etat membre, une ample marge d'appréciation.

¹⁵⁹⁴ Cour EDH, Gde ch., 1 juillet 2014, S.A.S. c. France, req. n°43835/11, § 156 ; *JCP G.*, 2014, n°39, 974, note A. LEVADE ; *JCP G.*, 2014, n°29, 835, libres propos B. BONNET.

¹⁵⁹⁵ Voir, en ce sens, l'opinion en partie dissidente commune aux juges NUSSBERGER et JÄDERBLUM, § 19, sous Cour EDH, Gde ch., 1 juillet 2014, S.A.S. c. France, *op. cit.* Pour un avis contraire, voir notamment l'article de P. DUCOULOMBIER, « Tenue correcte exigée. Observations sous l'arrêt CEDH, gr. ch, 1er juillet 2014, S.A.S. c/ France », *RTD Eur.*, 2015, p. 95 et suiv.

B- Une extension de la marge malgré l'existence d'un consensus explicite

458. Lorsqu'il s'agit de démontrer que la Cour européenne ne procède pas de manière systématique et cohérente lorsqu'elle utilise l'analyse comparative afin de déterminer l'ampleur de la marge nationale d'appréciation – notamment parce que même face à l'existence d'un consensus même explicite, elle peut décider d'octroyer à l'Etat membre une ample marge d'appréciation – les affaires Chapman contre Royaume-Uni du 18 janvier 2001 et A, B et C contre Irlande du 16 décembre 2010 doivent être en premier lieu analysées¹⁵⁹⁶. Elles sont, en effet, les premières manifestations d'une instrumentalisation manifeste du consensus explicite (1). Cette pratique se verra, elle aussi, confirmée dans différentes affaires postérieures aux années 2010 (2).

1- Les premières manifestations d'une instrumentalisation manifeste du consensus explicite

459. Dans la célèbre affaire Chapman contre Royaume-Uni du 18 janvier 2001, la Grande chambre – alors confrontée au refus des autorités nationales d'accorder à la requérante un permis d'aménagement, pour stationner ses caravanes sur un terrain lui appartenant – va volontairement évincer le consensus formellement constaté pour ne pas avoir à réduire la liberté d'appréciation de l'Etat membre. En l'espèce, la Cour européenne va clairement et expressément observer « *qu'un consensus international se fait jour au sein des Etats contractants du Conseil de l'Europe pour reconnaître les besoins particuliers des minorités et*

¹⁵⁹⁶ A titre indicatif, voir également Cour EDH, Gde ch., 4 décembre 2007, *Dickson c. Royaume-Uni*, req. n°44362/04, Rec. 2007 ; *JDE*, 2008, n°146, pp. 56-61, chron. P. LAMBERT. Cette affaire – traitant du refus d'autoriser le requérant détenu et son épouse à recourir à une insémination artificielle – n'est pas en tant que telle illustrative d'un contournement du consensus existant mais démontre, néanmoins, les incohérences apparentes du consensus sur l'étendue de la marge. En l'espèce, la Grande chambre souligne « *quant à l'existence ou non d'un consensus au niveau européen [...] que plus de la moitié des Etats contractants autorisent les visites conjugales pour les détenus* » (§ 81), ce qui apparaît être un moyen « *épargnant aux autorités la nécessité de prévoir la possibilité d'un recours à l'insémination artificielle* » (§ 81). La Grande chambre confirme indirectement d'ailleurs, l'existence de ce consensus manifeste – puisque fondé sur la majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe – en faveur d'une introduction de visites conjugales, lorsqu'elle affirme avoir « *exprimé son approbation devant l'évolution observée dans plusieurs pays d'Europe* » (§ 81) sur cette question. Toutefois, elle ne peut s'empêcher de reconnaître que, malgré ce constat de l'existence d'un consensus, c'est un domaine dans lequel « *les Etats contractants peuvent jouir d'une ample marge d'appréciation* » (§ 81) contrairement au principe selon lequel la présence d'un consensus entre Etats induit une réduction de la marge d'appréciation. Si cette affaire témoigne donc de l'absence de corrélation évidente entre le critère du consensus et l'étendue de la marge nationale d'appréciation, elle doit toutefois être distinguée de l'affaire Chapman notamment, dans la mesure où, *in fine*, la Cour conclut à une violation de l'article 8 de la Convention, le Royaume-Uni ayant outrepassé toute marge d'appréciation acceptable (§ 85).

*l'obligation de protéger leur sécurité, leur identité et leur mode de vie »*¹⁵⁹⁷, pour toutefois affirmer qu'elle « *n'est pas convaincue que ce consensus soit suffisamment concret pour qu'elle puisse en tirer des indications quant au comportement [...] des Etats contractants* »¹⁵⁹⁸. Malgré la présence explicite d'un dénominateur commun européen – qui plus est confirmé au niveau international – la Grande chambre ne procède pas à une réduction, pourtant attendue, de la marge d'appréciation du Royaume-Uni, cette dernière restant particulièrement « *grande* »¹⁵⁹⁹ en l'espèce. Pour se dédouaner de cette manipulation évidente du consensus, elle insiste d'ailleurs sur le rôle prioritaire des autorités nationales, qui restent très certainement les mieux placées pour procéder à l'évaluation nécessaire au cas d'espèce¹⁶⁰⁰. Ignorant volontairement le consensus émergeant en faveur d'une protection particulière des minorités et ce, afin de ne pas avoir à dégager d'obligations positives à charge de l'Etat membre, le juge conclut ainsi à une absence de violation de l'article 8 de la Convention. Or, sur le terrain de la protection des minorités, c'est *a priori* la première fois que la Cour de Strasbourg procède à une telle occultation du consensus européen explicite. Dans son précédent jurisprudentiel Buckley contre Royaume-Uni du 25 septembre 1996, elle n'avait toutefois pas eu recours à une analyse comparative de la situation dans les autres Etats contractants pour considérer que les autorités nationales n'avaient pas outrepassé leur marge d'appréciation normale¹⁶⁰¹.

460. Dans la seconde affaire A, B et C contre Irlande du 16 décembre 2010 ensuite – où était en cause une interdiction légale d'accès à l'avortement – la Cour va observer que « dans une majorité substantielle des Etats membres du Conseil de l'Europe, [il existe] une tendance en faveur de l'autorisation de l'avortement pour des motifs plus larges que ceux prévus par le droit irlandais »¹⁶⁰². Elle va d'ailleurs particulièrement insister sur la description – et donc l'authenticité – de ce consensus. A ce titre, elle explique que seuls trois Etats européens ont des conditions d'accès plus restrictives que l'Irlande et, qu'au vu des conditions de santé des requérantes, elles auraient donc pu obtenir l'autorisation souhaitée

¹⁵⁹⁷ Cour EDH, Gde ch., 18 janvier 2001, *Chapman c. Royaume-Uni*, req. n°27238/95, Rec. 2001-I, § 93 ; *GACEDH*, n°46.

¹⁵⁹⁸ *Ibid.*, § 94.

¹⁵⁹⁹ *Ibid.*, § 104.

¹⁶⁰⁰ *Ibid.*

¹⁶⁰¹ Cour EDH, 25 septembre 1996, *Buckley c. Royaume-Uni*, req. n°20348/92, § 84.

¹⁶⁰² Cour EDH, Gde ch., 16 décembre 2010, *A, B et C c. Irlande*, req. n°25579/05, § 235 (souligné par nous) ; *JCP G.*, 2011, n°3, 58, obs. M. LEVINET ; *JCP G.*, 2011, n°4, doct. 94, chron. F. SUDRE ; *Constitutions*, 2011, p. 213, E. DUBOUT.

dans trente-cinq à quarante Etats membres du Conseil de l'Europe¹⁶⁰³ ; ce qui confirme bien que l'Irlande occupe visiblement une position très isolée en la matière. Cette approche commune en faveur de l'avortement est d'ailleurs si évidente et solide que la Cour juge inutile d'examiner plus en avant les tendances et opinions au niveau international¹⁶⁰⁴. Comme le confirme l'opinion en partie dissidente, en l'occurrence, il existe donc bien un consensus européen et celui-ci apparaît même très net¹⁶⁰⁵. Pourtant, si la présence de ce dénominateur commun – expressément remarqué par le juge européen à l'aune du paragraphe 236, où il parle du « *consensus observé* »¹⁶⁰⁶ en la matière – militait en faveur d'une réduction certaine de la marge, il est particulièrement déroutant de voir que le consensus en question est inopérant sur son étendue, la marge n'étant nullement réduite en l'espèce. En effet, « *la Cour estime que le consensus observé ne réduit pas de manière décisive l'ample marge d'appréciation de l'Etat* »¹⁶⁰⁷. Là encore, le juge européen est maître des implications du consensus sur l'étendue de la marge d'appréciation et viole ni plus ni moins le dénominateur commun pour décider librement de l'ampleur de cette marge. Ainsi, l'affaire A, B et C est en plusieurs sens critiquable. D'une part, elle neutralise le consensus européen en faveur d'un accès à l'avortement par l'invocation hasardeuse d'un défaut de consensus sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie¹⁶⁰⁸. D'autre part, la Cour européenne refuse délibérément – du fait de cette neutralisation – de faire jouer ce consensus explicitement identifié par elle sur l'étendue de la marge, qui reste donc, malgré tout, très ample.

Notons que cette double dénaturation du consensus européen en matière d'accès à l'avortement – en partie confirmée dans une affaire R.R. contre Pologne du 26 mai 2011¹⁶⁰⁹ – n'est toutefois pas visible dans le précédent jurisprudentiel Open door et Dublin well woman contre Irlande du 29 octobre 1992, la Cour préférant évincer toute étude comparative tendancieuse, que ce soit au titre de l'analyse du droit comparé ou du contrôle au fond. Dans cette affaire, concernant une interdiction de diffusion d'informations sur les possibilités d'avortement à l'étranger, la Cour européenne ne vérifie nullement s'il existe une éventuelle majorité d'Etats autorisant un droit à l'avortement ou, à l'inverse, si aucune approche

¹⁶⁰³ *Ibid.*

¹⁶⁰⁴ *Ibid.*

¹⁶⁰⁵ Opinion en partie dissidente commune aux juges ROZAKIS, TULKENS, FURA, HIRVELÄ, MALINVERNI et POALELUNGI, § 6 sous Cour EDH, Gde ch., 16 décembre 2010, *A, B et C c. Irlande*, *op. cit.*

¹⁶⁰⁶ Cour EDH, Gde ch., 16 décembre 2010, *A, B et C c. Irlande*, *op. cit.*, § 236.

¹⁶⁰⁷ *Ibid.*

¹⁶⁰⁸ Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 1.

¹⁶⁰⁹ Cour EDH, 26 mai 2011, *R. R. c. Pologne*, req. n°27617/04, § 186 ; *JCP G.*, 2011, n°35, pp. 1506-1512, chron. F. SUDRE.

européenne ne se dégage s'agissant du statut du fœtus, cette dernière se contentant simplement de relever une absence de définition uniforme de la morale¹⁶¹⁰ – en lien avec le principe selon lequel les autorités nationales sont donc nécessairement mieux placées qu'elle – pour justifier qu'elles « *jouissent d'une large marge d'appréciation* »¹⁶¹¹. Même si la Cour conclut finalement à une violation de l'article 10 du fait de la disproportion de l'interdiction absolue de diffusion d'information, « *l'exception irlandaise n'est [toutefois] pas combattue par l'analyse de l'évolution convergente de la législation de la plupart des autres Etats parties à la Convention* »¹⁶¹², comme le souligne notamment le Professeur François RIGAUX. En toute logique, la Cour de Strasbourg ne souhaitait pas se lier les mains avec le constat d'un consensus européen naissant qui, en l'espèce, aurait néanmoins pu renforcer la réduction de la marge d'appréciation de l'Etat membre. Cela étant, même si le juge évite volontairement de recourir à sa méthode comparative, il ne réalise néanmoins pas une instrumentalisation du consensus, puisque la réduction sensible de la marge d'appréciation de l'Irlande et le constat de violation qui en découle, vont manifestement dans le sens de la présence implicite d'un consensus en matière de droit à l'avortement.

Dans une autre affaire, *Vo contre France* du 8 juillet 2004¹⁶¹³ – et bien que traitant d'une question différente – la Cour aura à l'inverse une lecture attentive de l'absence de consensus, s'agissant du point de départ du droit à la vie, puisque allant dans le sens d'une définition large de la marge d'appréciation de la France. Dans cette jurisprudence où était en cause un refus des autorités nationales de qualifier d'homicide involontaire l'atteinte à la vie de l'enfant à naître, elle observe la « *diversité des conceptions quant au point de départ de la vie, des cultures juridiques et des standards de protection nationaux* »¹⁶¹⁴ mais aussi l'absence de « *consensus européen exist[ant] sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie* »¹⁶¹⁵ ainsi que sur « *la question de la nature et du statut de l'embryon et/ou du fœtus* »¹⁶¹⁶. Par conséquent, il résulte de ce défaut d'approche européenne commune que « *le point de*

¹⁶¹⁰ Cour EDH, 29 octobre 1992, *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, req. n°14234/88 et al.. série A n°246, § 68 ; *GACEDH*, n°72 ; *RFDC*, 1993, p. 216 et suiv., note F. SUDRE.

¹⁶¹¹ *Ibid.*

¹⁶¹² F. RIGAUX, « Interprétation consensuelle et évolutive », in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruylant, coll. « Droit et justice » n°21, 1998, p. 48.

¹⁶¹³ Cour EDH, Gde ch., 8 juillet 2004, *Vo c. France*, req. n°53924/00, § 82 ; *GACEDH*, n°10 ; *JCP G.*, 2004, n°42, II 10158, comm. M. LEVINET.

¹⁶¹⁴ *Ibid.*

¹⁶¹⁵ *Ibid.*

¹⁶¹⁶ *Ibid.*, § 84.

départ du droit à la vie relève de la marge d'appréciation des Etats »¹⁶¹⁷, ce dernier disposant d'un « large pouvoir discrétionnaire » en la matière¹⁶¹⁸. La Cour européenne procède ainsi à une correcte lecture de l'élément consensuel, dès lors qu'il n'existe pas de dénominateur commun s'agissant de savoir quand débute la vie ou, à l'inverse, que se dessine un consensus en faveur d'une absence de considération du fœtus en tant que personne au sens de l'article 2. Ainsi et dans la mesure où une « majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe, l'incrimination d'homicide involontaire ne s'applique pas au fœtus »¹⁶¹⁹, elle confirme l'ample marge d'appréciation et l'absence de violation de la Convention. Dans un cas comme dans l'autre, la Cour européenne ne se livre visiblement pas à une manipulation de l'interprétation consensuelle comme elle a ensuite pu le faire dans son affaire A, B et C contre Irlande.

2- Une confirmation de l'instrumentalisation du consensus explicite

461. Que ce soit face à l'existence implicite ou explicite d'un consensus entre Etats membres, une accélération du mouvement d'instrumentalisation de l'interprétation consensuelle semble pouvoir être enregistrée à la suite des années 2010. L'attitude du juge européen visant à contrarier le consensus constaté pour octroyer à l'Etat membre une large marge d'appréciation, s'est ainsi vue confirmée dans les affaires Stummer contre Autriche du 7 juillet 2011 et Ahrens contre Allemagne du 22 mars 2012 notamment.

462. La première affaire, Stummer contre Autriche du 7 juillet 2011¹⁶²⁰ – traitant d'une exemption d'affiliation au régime des pensions de retraite des détenus exerçant un travail – est en effet caractéristique des vicissitudes du consensus et de ses implications variables sur l'étendue de la marge d'appréciation. Dans le cadre du contrôle de la proportionnalité de l'ingérence, la Cour rappelle pourtant que, lorsqu'il s'agit de définir l'ampleur de cette marge, la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats membres peut constituer un facteur pertinent¹⁶²¹ et constate, en l'espèce, qu'il n'existe pas de consensus européen sur la question de la couverture sociale des

¹⁶¹⁷ *Ibid.*, § 82.

¹⁶¹⁸ *Ibid.*

¹⁶¹⁹ *Ibid.*, § 4.

¹⁶²⁰ Cour EDH, Gde ch., 7 juillet 2011, *Stummer c. Autriche*, req. n°37452/02, Rec. 2011 ; *JCP G.*, n°4, 2012, doctr. 87, chron. F. SUDRE.

¹⁶²¹ *Ibid.*, § 104.

détenus¹⁶²². Néanmoins, elle relève que se dégage – des règles pénitentiaires européennes de 2006 notamment – une « *tendance croissante* »¹⁶²³ à l'affiliation des détenus au régime national de sécurité sociale. Mais cette approche commune va finalement bien au-delà d'une simple tendance, la Cour constatant expressément qu'« *une majorité absolue des Etats membres du Conseil de l'Europe font bénéficier les détenus d'une forme de sécurité sociale* »¹⁶²⁴. Cette tendance traduit donc l'existence d'un net consensus européen, impliquant une réduction de la marge d'appréciation de l'Etat membre. Mais le juge européen semble en avoir décidé autrement et opte pour une relativisation et spécification de cette pseudo « tendance », dans la mesure où seule « *une faible majorité* » – mais majorité tout de même ! – d'Etats membres affine, les détenus au régime des pensions de retraite spécifiquement. Ce consensus européen manifeste est par ailleurs confirmé par la Cour qui, cherchant à démontrer la faiblesse de cette majorité absolue, explique que seule « *une minorité* » des Etats n'intègre finalement pas les détenus au régime spécifique des pensions de retraite¹⁶²⁵. Prise de court par sa propre démonstration, elle se retranche donc derrière l'argument d'une absence de communauté de vues à l'époque des faits¹⁶²⁶, si bien que « *dans un contexte de normes en évolution* »¹⁶²⁷, le Gouvernement Autrichien n'a pas excédé la marge d'appréciation dont il jouissait en la matière¹⁶²⁸ et n'a donc pas violé les dispositions de la Convention.

463. Cette affaire est intéressante en plusieurs points – au-delà d'une mise en lumière des talents d'équilibriste de la Cour européenne¹⁶²⁹ – dans la mesure où d'une part, elle confirme que l'existence d'une tendance ou consensus naissant est bien réceptionnée par la Cour et constitue, en ce sens, un critère du raisonnement juridique¹⁶³⁰, sans toutefois être déterminant des variations de l'ampleur de la marge. Elle illustre, d'autre part, la double instrumentalisation du consensus européen qui, du fait de son indéterminisme, peut être différemment identifié et utilisé. En effet, sa détermination dépendra de l'échantillon des Etats considérés¹⁶³¹ : faut-il prendre en compte tous les Etats européens et voir lesquels prévoient

¹⁶²² *Ibid.*, § 105.

¹⁶²³ *Ibid.*

¹⁶²⁴ *Ibid.*, (souligné par nous).

¹⁶²⁵ *Ibid.*

¹⁶²⁶ *Ibid.*, § 107.

¹⁶²⁷ *Ibid.*, § 109.

¹⁶²⁸ *Ibid.*, § 110.

¹⁶²⁹ F. SUDRE, « Chronique du Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G.*, n°4, 2012, doctr. 87.

¹⁶³⁰ Voir *supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 1.

¹⁶³¹ Voir également, *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 2, l'arrêt Cour EDH, *X et autres c. Autriche* du 19 février 2013 spéc.

une affiliation des détenus à un régime de sécurité sociale ou bien uniquement ceux qui – prévoyant une affiliation à la sécurité sociale – autorisent une affiliation spécifique au régime des pensions de retraite pour les détenus travailleurs ? Ensuite, il est clair que la Cour use ici de tous les stratagèmes pour ne pas avoir à réduire la marge d'appréciation de l'Autriche. Elle interprète donc très librement le consensus existant pour le faire paraître « *insuffisant* »¹⁶³² et donc non déterminant. En d'autres termes, elle contourne volontairement l'existence d'un consensus explicite pour ne pas avoir à limiter la liberté des Etats. L'affaire S.H. contre Autriche du 3 novembre 2011 portant sur l'interdiction des dons d'ovules et de sperme en vue d'une fécondation *in vitro* et déjà précédemment analysée¹⁶³³, confirme d'ailleurs cette approche. Lorsque la Cour remarque que « *le consensus qui semble se dessiner correspond davantage à un stade de l'évolution d'une branche du droit particulièrement dynamique qu'à des principes établis de longue date dans les ordres juridiques des Etats membres* »¹⁶³⁴ et exige donc un seuil de consensus plus élevé, c'est uniquement dans le but d'établir qu'« *il ne peut restreindre de manière décisive la marge d'appréciation de l'Etat* »¹⁶³⁵. Là encore, le juge européen déforme le consensus existant pour ne pas avoir à conférer à l'Etat membre une marge d'appréciation restreinte d'une part, mais aussi justifier sa solution inverse à celle de l'arrêt de chambre d'autre part. On comprend donc mieux pourquoi l'argument du consensus solide et stabilisé paraissait fortuit et vaporeux, puisqu'essentiellement motivé par la solution recherchée. En clair, la fin justifie bien les moyens.

464. Enfin, si au titre de son interprétation consensuelle, la Cour européenne cite son précédent jurisprudentiel Petrovic contre Autriche du 27 mars 1998¹⁶³⁶, les affaires nous semblent toutefois porter sur des questions différentes et sont donc difficilement comparables. Tandis que la jurisprudence Stummer porte sur la question de l'affiliation des détenus au régime des pensions de retraite, l'affaire Petrovic contre Autriche du 27 mars 1998 traite du refus des autorités nationales d'attribuer une allocation de congé parental au père, dès lors que seules les mères sont identifiées par la loi comme bénéficiaires d'une telle allocation. Notons,

¹⁶³² Cour EDH, Gde ch., 7 juillet 2011, *Stummer c. Autriche*, req. n°37452/02, Rec. 2011, § 132 ; *JCP G.*, n°4, 2012, doctr. 87, chron. F. SUDRE.

¹⁶³³ Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 1.

¹⁶³⁴ Cour EDH, Gde ch., 3 novembre 2011, *S.H. et autres c. Autriche*, req. n°57813/00, § 96 (souligné par nous) ; *RTD Civ.*, 2012, n°2, pp. 283-285, chron. J-P. MARGUENAUD ; *JCP G.*, 2011, n°47, 1291, obs. C. PICHERAL ; *JCP G.*, 2012, n°4, doctr. 87, chron. F. SUDRE.

¹⁶³⁵ *Ibid.*

¹⁶³⁶ Cour EDH, 27 mars 1998, *Petrovic c. Autriche*, req. n°20458/92, Rec. 1998-I ; *RTDH*, 1998, n°36, pp. 721-736, comm. S-J. PRISO ESSAWE.

néanmoins, que la Cour européenne avait réalisé une correcte lecture de l'élément consensuel et de ses incidences sur l'étendue de la marge nationale d'appréciation¹⁶³⁷.

465. Dans la seconde affaire, Ahrens contre Allemagne du 22 mars 2012 – traitant d'une action en contestation de paternité, ayant donc trait à l'un des aspects les plus intimes de l'identité personnelle – la Cour va, à nouveau, se livrer à une étude comparative singulière et se jouer de l'interprétation consensuelle pour constater une absence de dénominateur commun, non réductrice de la marge d'appréciation de l'Etat. Dans un premier temps, la Cour note « *que la majorité de quinze sur vingt-six Etats membres du Conseil de l'Europe permettent à un père biologique présumé de contester la paternité légale* »¹⁶³⁸, ce qui indiquait, à première vue, l'existence d'un dénominateur commun en faveur d'une telle action en contestation de paternité. Mais refusant de tirer les conclusions qui s'imposent, elle vient étrangement annihiler ce consensus en raison d'« *une minorité substantielle de neuf États membres [où] le père biologique présumé n'a pas la qualité pour contester la paternité du père légal* »¹⁶³⁹. En effet, la Cour conclut que, malgré la « *tendance dans les États membres en vue de permettre au père biologique présumé de contester la paternité du père légal dans des circonstances qui sont comparables à celles examinées dans la présente affaire* », il n'y a « *aucun consensus constant qui, de manière décisive, puisse réduire la marge d'appréciation de l'Etat* »¹⁶⁴⁰. Or, il nous semble que c'est bien la première fois qu'une minorité l'emporte sur une expresse majorité et fait ainsi pencher la balance vers l'absence de consensus, alors même que la Cour en avait expressément constaté un. Comme le souligne le Professeur

¹⁶³⁷ Si, dans cette affaire, la Cour européenne étend l'applicabilité de l'article 14 aux droits sociaux, elle fait néanmoins preuve de retenue sur le terrain de l'application du droit, considérant que les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation, particulièrement renforcée en l'espèce par l'absence de consensus sur une telle question. En effet, la Cour note qu'« *à l'époque des faits [...] il n'existait pas un tel dénominateur commun dans ce domaine, la majorité des Etats contractants ne prévoyant pas le versement d'une allocation de congé parental au père* » (§ 39). Elle insiste tout spécifiquement sur l'existence d'un pluralisme en la matière puisque, malgré « *l'évolution de la société vers un partage plus égalitaire des tâches entre les hommes et les femmes dans l'éducation des enfants* » (§ 40) – évolution suivie par l'Autriche où le législateur a introduit le congé parental pour les pères en 1989 – il existe encore une très grande diversité dans les systèmes juridiques des Etats membres, si bien que seuls de rares Etats attribuent aux pères un congés parental (§ 42). Par conséquent, c'est au terme d'une appréciation normale du consensus européen que la Cour conclut à une absence de violation de la Convention, les autorités autrichiennes n'ayant manifestement pas excédé la marge d'appréciation dont elles bénéficiaient (§ 43).

¹⁶³⁸ Cour EDH, 22 mars 2012, *Ahrens c. Allemagne*, req. n°45071/09, § 69 (traduit et souligné par nous) ; *JCP G.*, n°35, 2012, doct. 924, chron. F. SUDRE.

¹⁶³⁹ *Ibid.*

¹⁶⁴⁰ *Ibid.*, § 70 (traduit et souligné par nous).

Frédéric SUDRE, dans son arrêt Ahrens, la Cour « *fait dire au consensus européen ce qu'elle veut bien lui faire dire* »¹⁶⁴¹ !

466. Cette position se verra à nouveau confirmée dans une affaire Marinis contre Grèce du 9 octobre 2014¹⁶⁴². La Cour européenne restant, toutefois, plus vague sur les sujets qui fâchent, puisqu'elle n'énonce plus de pourcentage ou de chiffre à l'appui de son constat litigieux d'une absence d'approche commune dans la législation des Etats membres, quant à la question de savoir si le père biologique doit être autorisé à contester la présomption de paternité relative à ses enfants naturels¹⁶⁴³. Du fait de cette absence de consensus, l'encadrement législatif d'une telle question relève donc de la marge d'appréciation de l'Etat membre, la Grèce n'ayant pas non plus violé l'article 8 de la Convention. A l'inverse, la Cour européenne semble pouvoir légitimement s'appuyer sur la « vraie » absence de consensus – aucun des vingt-six Etats membres ne prévoyant une procédure pour établir la paternité biologique, sans contester formellement la paternité du père reconnu ni modifier le statut juridique de l'enfant¹⁶⁴⁴ – pour considérer que cette question relève de la marge d'appréciation de l'Etat¹⁶⁴⁵. Ces deux affaires, Ahrens contre Allemagne et Marinis contre Grèce, s'inscrivent donc à contre-courant des affaires Rasmussen contre Danemark, Keegan contre Irlande, Kroon et autres contre Pays-Bas ou encore Mikulic contre Croatie¹⁶⁴⁶, et confirment que la Cour ne semble s'être que récemment livrée à une interprétation dévoyée de l'élément consensuel.

467. Les différentes affaires étudiées dans le cadre de ce premier paragraphe, auront ainsi permis de démontrer que le juge européen a parfois recours à une interprétation consensuelle libérée. Que ce soit face à l'existence d'un consensus implicite ou explicite, l'occultation, la déformation, voire même le renversement du consensus existant, pose inévitablement des soucis de légitimité du contrôle et de cohérence de la jurisprudence. Ces fluctuations de l'utilisation du consensus et de ses implications sur l'étendue de la marge, posent par ailleurs de sérieux problèmes quant au respect du principe de subsidiarité et ce,

¹⁶⁴¹ F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G.*, n°35, 2012, doct. 924.

¹⁶⁴² Cour EDH, 9 octobre 2014, *Marinis c. Grèce*, req. n°3004/10.

¹⁶⁴³ *Ibid.*, § 66.

¹⁶⁴⁴ Cour EDH, 22 mars 2012, *Kautzor c. Allemagne*, req. n°23338/09, § 79.

¹⁶⁴⁵ Voir, en ce sens, F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*

¹⁶⁴⁶ Ces affaires, concernant des procédures ayant trait à la paternité, ont toutes été antérieurement étudiées au titre des précédents jurisprudentiels de l'affaire Odièvre contre France. Voir *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 1, A, 1.

même si à première vue la neutralisation du consensus existant permet de conférer une plus grande liberté – et donc subsidiarité ? – aux Etats membres. En effet, le principe de subsidiarité, s'il protège en priorité la liberté et souveraineté des Etats, suppose néanmoins – dans sa dimension positive – une protection effective des droits de l'homme. C'est bien notamment parce que l'interprétation consensuelle permet l'élaboration d'une norme européenne commune qu'elle est la principale garante du principe de subsidiarité. Or, en l'espèce, la recherche d'une harmonisation des droits semble véritablement compromise puisque, en neutralisant le consensus européen, la Cour vient conforter la position de l'Etat membre, bien qu'en marge du consensus et donc en deçà du standard européen commun. Ainsi, lorsque la Cour de Strasbourg se détache des données du droit interne, cela ne devrait être que pour mieux prendre part à la construction d'un droit proprement commun et non pour favoriser l'abaissement du seuil de protection conféré par la Convention.

468. Le juge européen pose néanmoins une exception lui permettant de reconnaître, dans certaines hypothèses, la conventionnalité de législations en marge du consensus. Elle affirme alors, de longue date, que *« le fait qu'un pays occupe, à l'issue d'une évolution graduelle, une situation isolée [...] n'implique pas forcément que pareil aspect se heurte à la Convention, surtout dans [des] domaines [...] étroitement liés aux traditions culturelles et historiques de chaque société et aux conceptions profondes de celle-ci »*¹⁶⁴⁷. Mais dans ces conditions, la démarche du juge consistant à protéger l'opportunité de certaines pratiques isolées, gagnerait manifestement en cohérence si, d'une part, le juge privilégiait la prise en compte de tendances émergentes contraires au dénominateur existant, *« plutôt que de "tordre" la notion même de consensus »*¹⁶⁴⁸, ou si, d'autre part, il considérerait tout simplement, *« au nom du principe de subsidiarité, que les questions de société [...] doivent être laissées à l'appréciation du législateur national »*¹⁶⁴⁹.

469. Mais la liberté du juge européen ne se limite pas aux seuls cas d'existence d'un consensus, il peut être également établi lorsque le juge européen est confronté à l'absence de consensus entre Etats membres.

¹⁶⁴⁷ Cour EDH, 18 décembre 1987, *F. c. Suisse*, req. n°11329/85, série A n°128, § 33.

¹⁶⁴⁸ A. GOUTTENNOIRE et F. SUDRE, « La compatibilité avec la Convention EDH de l'accouchement sous X », *JCP G.*, n°13, 2003, II 10049.

¹⁶⁴⁹ F. SUDRE, « Droit de la convention européenne des droits de l'homme », *JCP G.*, n°35, 2012, doct. 924.

§2- La liberté du juge européen face à l'absence de consensus

470. Une juste application du principe de subsidiarité impose à la Cour – lorsque confrontée à l'absence de consensus entre Etats membres – de faire preuve de retenue judiciaire, la marge d'appréciation de l'Etat étant naturellement plus large¹⁶⁵⁰. La jurisprudence européenne – toujours appréhendée à l'aune de la dialectique « absence de consensus/ large marge d'appréciation » – n'apparaît pourtant pas toujours linéaire et cohérente en ce qui concerne l'application du consensus, le juge européen n'hésitant pas à transgresser ses principes jurisprudentiels pour interpréter librement le critère de la présence d'un pluralisme interétatique. Cette tendance du juge à outrepasser le pluralisme pour tout de même réduire la liberté d'appréciation des Etats membres, peut néanmoins s'expliquer à l'aune d'une protection accrue et effective des droits de l'homme. Certains juges de la Cour insistent, d'ailleurs, sur la nécessité de porter une plus grande attention aux éléments qui attestent d'une tendance, ou consensus naissant, plutôt qu'à ceux qui démontrent une absence de consensus, comme l'a fait la Cour dans son emblématique arrêt *Christine Goodwin contre Royaume-Uni*¹⁶⁵¹. Les juges SAJÓ, KELLER et LEMMENS considèrent ainsi, dans leur opinion dissidente sous l'affaire *Hämäläinen contre Finlande*¹⁶⁵², que l'absence de consensus ne doit pas avoir la même portée que la présence d'un consensus, et encouragent donc à la relativisation du pluralisme pour, à l'inverse, une valorisation du consensus naissant, ce qui transparaît parfois dans la jurisprudence européenne.

471. Par conséquent, la liberté du juge européen face à l'existence d'un pluralisme entre les pays européens – nous évacuons les hypothèses d'une application classique du critère de l'absence de consensus, puisque précédemment étudiées¹⁶⁵³ – pourra là encore prendre différentes formes et ainsi conduire la Cour européenne, soit à occulter le pluralisme, soit à le renverser ou le déformer, soit enfin à contrarier expressément ce pluralisme pour conclure, malgré tout, à une réduction de la marge d'appréciation de l'Etat. Ainsi, toutes les implications détournées d'une absence de consensus, se traduiront par une réduction sensible – et injustifiée – de la marge d'appréciation de l'Etat, que ce pluralisme interétatique soit

¹⁶⁵⁰ Voir *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, § 2.

¹⁶⁵¹ Opinion dissidente commune des juges SAJÓ, KELLER et LEMMENS sous l'arrêt Cour EDH, Gde ch., 16 juillet 2014, *Hämäläinen c. Finlande*, *op. cit.*

¹⁶⁵² *Ibid.*

¹⁶⁵³ Voir *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, § 2.

seulement implicite (A) ou même explicite¹⁶⁵⁴ (B) ; la Cour instrumentalisant l'interprétation consensuelle, dans le but de réduire le jeu du principe de subsidiarité.

A- Une réduction de la marge malgré l'existence d'un pluralisme implicite

472. A l'appui d'une démonstration des interprétations dénaturées du pluralisme ou de l'absence de consensus implicite par la Cour européenne, deux affaires particulières – B. et L. contre Royaume-Uni du 13 septembre 2005 et E. B. contre France du 22 janvier 2008 – peuvent être analysées. Notons toutefois que contrairement aux cas d'instrumentalisation du consensus où de nouveaux exemples avaient pu être remarqués depuis les années 2010, l'hypothèse d'une manipulation du pluralisme implicite ne paraît pas avoir trouvé de confirmation dans la jurisprudence des dernières années. Ces affaires apparaissent, par ailleurs, comme des exemples relativement isolés, dans la mesure où elles portent sur un contentieux singulier – l'interdiction du mariage entre beaux-parents et leurs beaux-enfants, et l'adoption entre personnes de même sexe – contentieux sur lequel la Cour ne semble s'être que peu ou récemment penchée. Ainsi, rares seront les précédents jurisprudentiels nous permettant de rechercher si l'appréciation variable de l'interprétation consensuelle est, en la matière, un phénomène nouveau ou récurrent.

473. La première affaire – B. et L. contre Royaume-Uni – où était en cause un empêchement à mariage entre des beaux-parents et leurs beaux-enfants – est en plusieurs points singulière. D'une part, elle appréhende le consensus du point de vue étatique et non dans le sens des prétentions du requérant, ce qui – nous l'avions signalé dans l'introduction de cette section – crée une certaine confusion quant à l'utilisation de l'interprétation consensuelle et quant à ses implications sur l'étendue de la marge nationale d'appréciation. D'autre part, elle ignore l'absence de consensus en matière d'autorisation de mariage entre alliés en ligne directe, qui invitait pourtant la Cour à concéder à l'Etat membre une large marge d'appréciation. Enfin, elle appréhende une situation législative particulièrement insolite si bien qu'aucun précédent jurisprudentiel, portant sur des faits similaires, ne semble pouvoir

¹⁶⁵⁴ La distinction opérée entre la présence implicite ou explicite d'un pluralisme tiendra, là encore, au fait que la Cour se garde parfois de tirer les conclusions qui s'imposent au regard de son étude comparative et donc d'identifier – même si sa présence est manifeste – le pluralisme existant (i.e. pluralisme implicite) tandis que d'autres fois, elle ne s'embarrasse plus à essayer de masquer ou contourner ce pluralisme – qu'elle constate donc expressément – pour conclure à une réduction critiquable de la marge d'appréciation de l'Etat (i.e. pluralisme explicite).

être identifié dans la jurisprudence antérieure, afin de comparer l'attitude du juge face à l'interprétation consensuelle présentement réalisée.

474. En effet, la Cour note dans cette affaire « *qu'il existe un grand nombre d'États membres [ayant] une législation similaire dans leur droit interne* »¹⁶⁵⁵, ce qui reflète très clairement un partage des préoccupations morales au niveau européen, quant à l'autorisation de mariages à un tel degré d'affinité. Elle constate ainsi l'existence d'une approche commune entre les Etats membres du Conseil de l'Europe, s'agissant de l'interdiction de mariages entre beaux-parents et beaux-enfants, sans qu'il ne soit *a priori* possible de la relativiser ou minimiser par la présence d'Etats membres choisissant, à l'inverse, d'autoriser ce type de mariage. Si à première vue, l'affaire B. et L. est donc révélatrice de la présence d'un consensus européen – et non d'une diversité entre Etats – notons néanmoins qu'il s'agit ici d'un consensus particulier, puisque analysé sous l'angle « étatique ». La Cour recherche en effet la présence d'un consensus sur la question *de l'interdiction* de ce type de mariage et non sur celle *du droit* au mariage entre beaux-parents et beaux enfants comme le suggérerait normalement la demande des requérants. Or, la démarche de la Cour n'est pas de nature à clarifier son contrôle puisque – contrairement au principe selon lequel la présence d'un dénominateur commun induit une réduction de la marge nationale d'appréciation – ce consensus-là suppose l'octroi d'une ample marge, le Royaume-Uni faisant très clairement partie de la tendance européenne visant à interdire l'inceste social.

475. Derrière ce consensus « en faveur » de l'Etat membre, apparaît donc en filigrane, le constat d'une absence de consensus sur la question *du droit* d'accès à un tel mariage. S'il n'existe donc pas une réelle diversité, ni à proprement parler un « pluralisme » implicite dans cet arrêt, ce dernier atteste néanmoins d'une absence de communauté de vues sur l'autorisation de ce type de mariage, absence de consensus devant, par conséquent, conduire le juge à accroître la liberté de l'Etat. Ignorant ces données de droit comparé, la Cour va pourtant sensiblement réduire la marge d'appréciation du Royaume-Uni, au point d'ailleurs de venir sanctionner sa législation, qu'elle juge incompatible avec les garanties de l'article 12 de la Convention. Dans cette affaire, la Cour se place très clairement à contre-courant de la majorité européenne et ignore l'absence de consensus quant au droit réclamé par le requérant. Cet arrêt est donc particulièrement critiquable puisque d'une part, la pratique commune aux Etats membres consistant à interdire l'inceste social est totalement bafouée par la Cour

¹⁶⁵⁵ Cour EDH, 13 septembre 2005, *B. et L. c. Royaume-Uni*, req. n°36536/02, § 36 ; *RTD Civ.*, 2005, n°4, pp. 735-737, note J.P. MARGUENAUD ; *JCP G.*, 2006, n°5, I 109, chron. F. SUDRE.

européenne et d'autre part, car l'article 12 est un droit en étroite relation avec le principe de subsidiarité, dès lors qu'il prévoit une protection du droit au mariage « *selon les lois nationales* »¹⁶⁵⁶ et impose donc, plus qu'un autre, une retenue certaine de la part du juge européen.

476. La seconde affaire E. B. contre France du 22 janvier 2008 – portant sur le refus des autorités françaises de faire droit à la demande d'agrément pour une adoption coparentale entre personnes de même sexe – est dans une autre dimension tout aussi singulière que la précédente, puisque la Cour refuse d'exercer une quelconque interprétation consensuelle alors même que les parties invoquaient tour à tour l'argument du consensus. En effet, tant le Gouvernement que la requérante font appel à l'élément consensuel dans le cadre de leur argumentation. Ainsi, l'un invoque la démarche comparative dans le sens d'une absence de « *consensus européen [puisque] seuls neuf Etats membres du Conseil de l'Europe sur quarante-six [se sont] engagés dans la voie de l'adoption par des couples de même sexe* »¹⁶⁵⁷. L'autre souligne, à l'inverse, l'« *évolution juridique en faveur de l'adoption par les couples de même sexe [...], une dizaine d'Etats européens l'admettant à ce jour* »¹⁶⁵⁸, et invoque donc l'existence d'un « *consensus européen en faveur de la non-exclusion des célibataires homosexuels dans les pays membres du Conseil de l'Europe qui acceptent l'adoption par des célibataires* »¹⁶⁵⁹. Malgré la divergence d'opinions apparente, les parties s'accordent finalement pour reconnaître que seule une dizaine d'Etats membres sur quarante-six accepte l'adoption par les couples de même sexe. Implicitement, une diversité des pratiques juridiques – et par conséquent une absence de dénominateur commun – apparaît donc ici ; ce que la Chambre avait d'ailleurs déjà remarqué dans son arrêt Fretté contre France du 26 février 2002 portant sur une même question¹⁶⁶⁰.

477. Dans l'affaire E.B, la Cour européenne n'ignore pas totalement l'approche consensuelle puisqu'elle entame sa démonstration par une référence à son précédent jurisprudentiel Fretté contre France et, sur la base de celui-ci, rappelle l'existence de « *profondes divergences des opinions publiques nationales et internationales* » sur ces

¹⁶⁵⁶ Article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme.

¹⁶⁵⁷ Cour EDH, Gde ch., 22 janvier 2008, *E. B. c. France*, req. n°43546/02, Rec. 2008 ; *JCP G.*, 2008, n°15, II 10071, comm. A GOUTTENOIRE et F. SUDRE.

¹⁶⁵⁸ *Ibid.*, § 61.

¹⁶⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁶⁰ Cour EDH, 26 février 2002, *Fretté c. France*, req. n°36515/97, Rec. 2002-I, § 41 ; *JCP G.*, 2002, n°19, pp. 885-889, comm. A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE.

questions¹⁶⁶¹. Or, du fait de cette « *absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats contractants [...] les autorités nationales disposent d'une large marge d'appréciation lorsqu'elles sont appelées à se prononcer dans un tel domaine* »¹⁶⁶². Mais après cette analyse du précédent Fretté, plus aucune mention du consensus ou de la marge n'est faite par la Cour. Face à la diversité européenne en matière d'adoption coparentale par des couples de même sexe, il est fort probable que ce défaut d'argumentation sur l'absence de consensus soit délibéré, surtout au vu de la solution retenue par le juge et de son constat de violation de la Convention. Or, l'interprétation consensuelle n'a visiblement guère évolué depuis la jurisprudence Fretté, jurisprudence dans laquelle la Chambre s'était précautionneusement appuyée sur l'argument du pluralisme pour octroyer à la France une marge d'appréciation suffisamment ample et conclure à une absence de violation de la Convention, la Cour réalisant donc une juste application du jeu du consensus. En l'espèce, l'oubli n'est donc sûrement pas fortuit, la Cour européenne préférant contourner la difficulté en ne mentionnant pas le critère du consensus, afin de ne pas limiter sa motivation construite en faveur d'une évolution jurisprudentielle et donc d'une interprétation évolutive contraire au consensus européen. Si cette affaire ne démontre pas directement l'incohérence des implications du consensus sur l'étendue de la marge, elle atteste néanmoins du refus volontaire de la Cour de réceptionner l'argument d'une diversité européenne puisque contrariant le sens de sa solution où elle tend à réduire sensiblement la liberté de la France. Le pluralisme implicite favorisant l'octroi d'une large marge nationale d'appréciation, n'en reste pas moins paralysé. Elle confirme, en dernier lieu, qu'au vu de la motivation juridique adoptée dans l'affaire Frétté contre France, la Cour de Strasbourg ne s'est, encore une fois, que récemment adonnée à une pratique instrumentalisée de la démarche comparative.

478. Ces deux exemples quelque peu atypiques – l'un attestant finalement d'une instrumentalisation du consensus « en faveur » de l'Etat membre et justifiant donc la reconnaissance d'une large marge d'appréciation, l'autre attestant d'un refus délibéré de la Cour de Strasbourg de faire jouer l'argument du consensus – illustrent toutefois la liberté du juge européen lorsque confronté à des hypothèses où le pluralisme implicite justifie une retenue judiciaire, et donc, une liberté étatique dans l'application nationale de la Convention. Or, en l'espèce, le juge européen occulte ce pluralisme pour limiter la marge d'appréciation

¹⁶⁶¹ Cour EDH, Gde ch., 22 janvier 2008, *E. B. c. France*, op. cit., § 70.

¹⁶⁶² *Ibid.*

de l'Etat membre et conclure à une incompatibilité de la législation nationale, bien que conforme à la pratique majoritaire des Etats européens. L'instrumentalisation de l'élément consensuel est d'autant plus prégnante que la Cour de Strasbourg ignore volontairement l'existence d'un pluralisme explicite.

B- Une réduction de la marge malgré l'existence d'un pluralisme explicite

479. Le constat d'une incohérence des implications du consensus sur l'étendue de la marge est d'autant plus probant que la Cour vient volontairement neutraliser le pluralisme explicitement constaté pour réduire, tout de même, la marge d'appréciation de l'Etat membre. Dans le cadre de cette démonstration, deux célèbres arrêts – Christine Goodwin contre Royaume-Uni du 11 juillet 2002 et Hirst n°2 contre Royaume-Uni du 6 octobre 2005 – pourront être notamment¹⁶⁶³ analysés, confirmés par exemple¹⁶⁶⁴ par l'affaire X et autres contre Autriche du 19 février 2013.

1- Les premières manifestations d'une instrumentalisation manifeste du pluralisme explicite

480. Si l'affaire Christine Goodwin contre Royaume-Uni¹⁶⁶⁵ a déjà été analysée au titre de l'indétermination du degré de consensus requis par le juge européen et de la prise en compte d'une tendance internationale comme critère déterminant¹⁶⁶⁶, elle confirme également la liberté interprétative du juge, au titre de la détermination des implications d'une absence de consensus sur l'étendue de la marge d'appréciation de l'Etat. Sur ce point, rappelons que le juge strasbourgeois constate expressément – sur le terrain de l'article 8 de la Convention –

¹⁶⁶³ Voir, également, l'arrêt Cour EDH, Gde ch., 11 janvier 2006, *Sorensen et Rasmussen c. Danemark*, req. n°52562/99 et al., Rec. 2006-I (*Droit social*, 2006, n°11, pp. 1022-1025, chron. J.P. MARGUENAUD et J. MOULY) précédemment analysé (voir *supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, section 1, § 1). Cette affaire atteste d'un contournement de la diversité européenne grâce à l'argument de l'émergence d'une tendance qui permet ainsi, au juge strasbourgeois, de réduire significativement la marge d'appréciation du Danemark.

¹⁶⁶⁴ Voir également l'affaire CEDH, Gde ch., 15 octobre 2015, *Perinçek c. Suisse*, req. n°27510/08, §§ 255 et suiv. (*JCP G.*, 2015, n°44, 1179, obs. G. GONZALEZ ; *GP*, 2015, n°322-322, pp. 8-13, note J-L SAURON) dans laquelle la Cour constate explicitement une absence de consensus pour finalement considérer que cette diversité « ne saurait faire peser d'un grand poids dans la conclusion que la Cour tirera sur cette question » relative à la criminalisation de la négation de génocide.

¹⁶⁶⁵ Cour EDH, Gde ch., 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, req. n°28957/95, Rec. 2002-VI ; *GACEDH*, n°49.

¹⁶⁶⁶ Voir *supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 2.

que « *l'absence de pareille démarche commune entre les quarante-trois Etats contractants n'est guère surprenante, eu égard à la diversité des systèmes et traditions juridiques* »¹⁶⁶⁷ et reconnaît donc que cette diversité et ce pluralisme impliquent – en théorie – que « *les Etats contractants doivent jouir d'une ample marge d'appréciation* »¹⁶⁶⁸ dans ce domaine. Pourtant, sur la base d'une approche particulièrement compréhensive et compassionnelle¹⁶⁶⁹ à l'égard de la requérante, la Cour européenne n'hésitera pas – au terme de son contrôle et en dépit de ses préconisations antérieures – à considérer que « *l'Etat défendeur ne peut plus invoquer sa marge d'appréciation en la matière* »¹⁶⁷⁰.

481. Un même constat s'impose d'ailleurs sur le terrain de l'article 12 de la Convention puisque la Cour reconnaît que « *le nombre des pays qui autorise le mariage des transsexuels sous leur nouvelle identité sexuelle est inférieur à celui des Etats qui reconnaissent la conversion sexuelle elle-même* »¹⁶⁷¹ et réceptionne donc l'absence de consensus en la matière. Pourtant, là encore, ce pluralisme interétatique ne viendra nullement consolider la marge d'appréciation du Royaume-Uni quant à la manière d'aborder la question du mariage des transsexuels. Bien au contraire, le juge européen estime que ce défaut d'approche commune n'est pas de nature à conforter la marge d'appréciation des Etats membres qui, en la matière, « *ne saurait être aussi large* »¹⁶⁷². Par conséquent, la Cour retient, en dépit du pluralisme interétatique explicitement constaté, une double violation des articles 8 et 12 de la Convention.

482. Si le juge de Strasbourg s'est de longue date prononcé sur la question du transsexualisme, il avait jusqu'alors réalisé une juste application de l'approche consensuelle et de ses implications sur la détermination de la marge. Dans un ancien arrêt *Rees* contre Royaume-Uni du 17 octobre 1986, la Cour avait en effet relevé « *la diversité des pratiques suivies et des conditions existant dans les États contractants* »¹⁶⁷³ quant à la faculté donnée aux transsexuels de changer leur état civil pour l'adapter à leur nouvelle identité. Du fait de

¹⁶⁶⁷ Cour EDH, Gde ch., 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 85.

¹⁶⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁶⁹ P. WACHSMANN et A. MARIENBURG-WACHSMANN, « La folie dans la loi. Considérations critiques sur la nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de transsexualisme. En marge des arrêts *Christine Goodwin c. le Royaume-Uni* et *I. c. le Royaume-Uni* du 11 juillet 2002 », *RTDH*, n°26, 2003, p. 1171.

¹⁶⁷⁰ Cour EDH, Gde ch., 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 93.

¹⁶⁷¹ *Ibid.*, § 103.

¹⁶⁷² *Ibid.*

¹⁶⁷³ Cour EDH, 17 octobre 1986, *Rees c. Royaume-Uni*, req. n°9532/81, série A n°106, § 37 ; *JDI*, 1987, p. 796, chron. P. ROLLAND.

cette absence de « *communauté de vues en la matière* »¹⁶⁷⁴ et de la phase de transition que le droit semble être entrain de traverser, la Cour avait donc naturellement conclu qu'« *il s'agi[ssait] d'un domaine où les États contractants jouissent d'une grande marge d'appréciation* »¹⁶⁷⁵. Partant, elle avait bien enregistré une évolution du droit en matière de reconnaissance juridique du changement de sexe mais le défaut de consensus clair l'avait toutefois conduite à la reconnaissance d'une ample marge d'appréciation, en conformité avec la dialectique classique selon laquelle l'absence de consensus induit une extension de la marge. Dans une affaire suivante, *Cossey contre Royaume-Uni* du 27 septembre 1990, elle avait rappelé qu'« *une certaine évolution s'est faite jour depuis 1986 dans le droit de plusieurs États membres du Conseil de l'Europe. Toutefois, les rapports dont s'accompagnent la résolution adoptée par le Parlement européen le 12 septembre 1989 et la recommandation 1117 de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe du 29 septembre 1989 [...] révèlent [...] la même diversité qu'à l'époque de l'arrêt Rees* »¹⁶⁷⁶. Par conséquent, le juge européen n'avait pas non plus désavoué cette diversité apparente, considérant donc qu'il s'agissait « *toujours d'un domaine dans lequel les États contractants, en raison du peu de convergence entre eux, jouissent d'une grande marge d'appréciation* »¹⁶⁷⁷. Cette approche classique des implications d'une absence de consensus sur l'étendue de la marge se verra toutefois « *affaiblie* » dès l'affaire *B contre France* du 25 mars 1992. Même si la Cour confirme « *qu'il ne règne pas encore entre les États membres du Conseil de l'Europe un consensus assez large pour l'amener à des conclusions opposées à celles de ses arrêts Rees et Cossey* »¹⁶⁷⁸ et reconnaît, par conséquent, que la France dispose d'une certaine marge d'appréciation pour réglementer ce type de situation¹⁶⁷⁹, elle conclut néanmoins à une disproportion de l'ingérence et retient – tout en insistant bien sur le fait que le présent litige se distingue des affaires *Rees* et *Cossey* – une violation de l'article 8. Si ce constat de violation reste visiblement circonstancié, puisque conditionné par la particulière gravité des inconvénients subis par le requérant, il constitue néanmoins un premier pas vers l'inflexion de la marge d'appréciation, malgré le constat d'un pluralisme que la Cour se borne à ne pas lâcher. Dans l'arrêt *Sheffield et Horsham contre Royaume-Uni* du 30 juillet 1998, le juge européen persiste à relever une

¹⁶⁷⁴ *Ibid.*

¹⁶⁷⁵ *Ibid.*

¹⁶⁷⁶ Cour EDH, 27 septembre 1990, *Cossey c. Royaume-Uni*, req. n°10843/84, série A n°184, § 40 ; *RTDH*, 1999, n°39, pp. 637-672, comm. M. LEVINET.

¹⁶⁷⁷ *Ibid.*

¹⁶⁷⁸ Cour EDH, 23 mars 1992, *B. c. France*, req. n°13343/87, série A n°232-C., § 48.

¹⁶⁷⁹ *Ibid.*, § 63.

absence de démarche européenne commune¹⁶⁸⁰ le conduisant, toutefois, à confirmer la marge d'appréciation de l'Etat membre et la non-violation de la Convention qui en découle. Si en l'espèce, la volonté du juge à ignorer le consensus qui se fait jour, peut être perçue comme une prémisse aux manipulations du consensus initiées pour l'essentiel avec la nouvelle Cour, elle ne se livre toutefois pas à un express renversement des incidences du consensus sur l'étendue de la marge. Dans l'affaire Goodwin, elle avait en effet explicitement relevé une diversité juridique pour néanmoins réduire la marge de l'Etat membre et conclure à un constat de violation de la Convention. A l'exception de l'affaire B. contre France, la marge d'appréciation de l'Etat membre était donc restée ample jusqu'à l'affaire Goodwin contre Royaume-Uni, ainsi que le préconise normalement un défaut de consensus. Dans cet arrêt Goodwin, la Cour européenne – s'entêtant à enregistrer une diversité toute relative plutôt qu'à valoriser l'évolution manifeste et l'émergence d'un consensus naissant – pervertit donc explicitement l'usage du consensus quant à la détermination de l'étendue de la liberté des Etats.

483. Dans la seconde affaire Hirst n°2 contre Royaume-Uni – concernant l'inconventionnalité d'une interdiction générale et automatique du droit de vote des détenus, confirmée d'ailleurs par l'arrêt Greens et M.T contre Royaume-Uni¹⁶⁸¹ – le juge européen instrumentalise à nouveau le pluralisme tenant à la manière d'organiser le droit de vote en milieu carcéral. Si la Cour européenne semble réceptionner l'argument du Gouvernement selon lequel, lorsqu'aucun consensus manifeste ne se fait jour, il doit jouir d'une ample marge d'appréciation¹⁶⁸², elle n'y prête finalement que peu d'attention. Sur la recherche d'un consensus potentiel, la Cour note qu'il n'existe pas d'approche européenne commune quant à la manière de gérer le droit de vote des détenus, certains pays le conservant, d'autres le limitant selon des modalités variables et enfin, une minorité supprimant totalement ce droit¹⁶⁸³.

484. Mais l'approche de la Cour face à l'absence de consensus est ici pour le moins paradoxale. D'une part, elle estime que « *le fait qu'on ne puisse discerner aucune approche*

¹⁶⁸⁰ Cour EDH, Gde ch., 30 juillet 1998, *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, req. n°22985/93 et al., Rec. 1998-V, § 57 ; *JDI*, 1999, n°1, pp. 252-255, note P. TAVERNIER ; *RTDH*, 1999, p. 637, note M. LEVINET.

¹⁶⁸¹ Cour EDH, 23 novembre 2010, *Greens and M.T. c. Royaume-Uni*, req. n°60041/08 et 60054/08 ; *JDI*, 2011, n°4, pp. 1378-1380, note X. SOUVIGNET.

¹⁶⁸² *Ibid.*, § 78.

¹⁶⁸³ Cour EDH, Gde ch., 6 octobre 2005, *Hirst c. Royaume Uni (N°2)*, req. n°74025/01, Rec. 2005-IX, § 81 ; *JDI*, 2006, n°3, pp. 1169-1171, note M. EUDES.

européenne commune en la matière ne saurait être déterminant pour la question à trancher »¹⁶⁸⁴ et l'on se demande bien pourquoi. D'autre part, elle réaffirme que « *si la marge d'appréciation est large, elle n'est pas illimitée* »¹⁶⁸⁵, si bien d'ailleurs que pareille restriction générale, automatique et indifférenciée outrepassa la marge d'appréciation acceptable et entraîne, par conséquent, une violation de l'article 3 du Protocole n°1¹⁶⁸⁶. Venant contredire sa jurisprudence constante selon laquelle l'absence de dénominateur commun est un élément pertinent dans l'octroi d'une large marge d'appréciation à l'Etat, le juge de Strasbourg nie clairement le pluralisme interétatique expressément constaté. Cette affaire est d'autant plus intéressante qu'elle ne se limite pas à une relativisation de la diversité européenne apparente mais recèle une occultation volontaire du consensus européen implicite. En effet, il semble tout à fait possible de distinguer, dans cet arrêt, l'existence – en filigrane – d'un consensus européen en faveur d'une restriction du droit de vote des détenus et donc du Royaume-Uni. Comme le souligne d'ailleurs les juges WILDHABER, COSTA, LORENZEN, KOVLER et JEBENS dans leur opinion dissidente commune, « *la législation en vigueur en Europe montre qu'il n'existe qu'un consensus limité quant au point de savoir si les détenus doivent ou non jouir du droit de vote* »¹⁶⁸⁷ puisque « *la majorité des Etats membres connaissent de telles restrictions* »¹⁶⁸⁸. En effet, seulement dix-huit Etats membres n'appliquent aucune restriction alors que treize Etats limitent leur droit et treize autres les privent totalement de ce droit de vote. Ainsi, vingt-six des quarante-sept Etats membres ont donc un régime juridique qui prévoit une restriction – de degré variable – des droits des détenus. Dans le cadre de sa démonstration, la Cour reconnaît d'ailleurs que « *le Royaume-Uni n'est incontestablement pas le seul à priver tous les détenus condamnés du droit de vote* »¹⁶⁸⁹ mais n'en tire visiblement aucune conséquence puisque, si ce consensus apparaîtrait jouer en faveur d'un maintien de la législation britannique, la Cour ne s'en embarrasse pas et conclut néanmoins à une inconventionnalité de ladite législation.

485. Cette affaire est d'autant plus symptomatique des incohérences du consensus sur l'étendue de la marge, qu'elle porte sur un domaine où la Cour fait traditionnellement preuve

¹⁶⁸⁴ *Ibid.*, (souligné par nous).

¹⁶⁸⁵ *Ibid.*, § 82.

¹⁶⁸⁶ *Ibid.*

¹⁶⁸⁷ Opinion dissidente commune aux juges WILDHABER, COSTA, LORENZEN, KOVLER et JEBENS, § 6 sous l'arrêt Cour EDH, Gde ch., 6 octobre 2005, *Hirst c. Royaume-Uni (N°2)*, *op. cit.*

¹⁶⁸⁸ *Ibid.*

¹⁶⁸⁹ Cour EDH, Gde ch., 6 octobre 2005, *Hirst c. Royaume-Uni (N°2)*, *op. cit.*, § 81.

de retenue¹⁶⁹⁰. N'oublions pas, en effet, qu'à la lecture de l'article 3 du Protocole n°1, ce dernier s'adresse à l'origine aux seuls Etats membres et ne crée pas, en tant que tel, de droits individuels à disposition des justiciables¹⁶⁹¹. Cette « *coloration interétatique* »¹⁶⁹² de l'article 3 (protocole n°1) invite donc normalement la Cour à une certaine prudence, cette dernière n'ayant d'ailleurs cessé d'affirmer que « *les Etats contractants jouissent en effet d'une ample marge d'appréciation eu égard à la diversité dans l'espace et à la variabilité dans le temps, de leurs lois en matière électorale* »¹⁶⁹³. L'utilisation du consensus dans l'affaire Hirst n°2 contre Royaume-Uni vient donc à rebours de l'ensemble de sa jurisprudence antérieure, où elle estimait que « *la déchéance de fait du droit de vote qui frappe un détenu n'entrave pas l'expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif* »¹⁶⁹⁴.

2- Une confirmation de l'instrumentalisation du pluralisme explicite

486. Cette pratique jurisprudentielle d'un contournement de la diversité et donc d'une instrumentalisation de l'absence explicite de consensus s'est notamment vue confirmée dans une jurisprudence du 19 février 2013, *X et autres contre Autriche*¹⁶⁹⁵. Dans cette affaire, traitant de l'interdiction d'accès à l'adoption « coparentale » pour les couples de même sexe, la Cour de Strasbourg refuse, au titre de son contrôle de la proportionnalité de la mesure, de réceptionner l'absence de consensus s'agissant de la reconnaissance d'un droit à l'adoption coparentale entre les couples homosexuels. Pour ce faire, elle procède « *de manière inédite et plutôt curieuse* »¹⁶⁹⁶ puisque elle choisit délibérément de définir l'échantillon étatique pertinent en la matière, estimant que seuls les Etats qui ouvrent l'adoption coparentale aux

¹⁶⁹⁰ Voir *supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, section 1, § 1, A, l'analyse de la jurisprudence *Yumak et Sadak contre Turquie* du 8 juillet 2008 et des précédents jurisprudentiels cités, dans lesquels la Cour européenne ne cesse de concéder une importante marge d'appréciation aux Etats membres lorsqu'il s'agit de réglementer son système électoral.

¹⁶⁹¹ L'article 3 du protocole n°1 stipule en effet que « *les Hautes Parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif* » (souligné par nous).

¹⁶⁹² Cour EDH, 2 mars 1987, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, req. n°9267/81, série A n°114, § 50.

¹⁶⁹³ Voir, par exemple, Cour EDH, 2 mars 1987, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, *op. cit.*, § 54 ; Cour EDH, 11 janvier 2005, *Py c. France*, req. n°66289/01, Rec. 2005-I, § 47 ; *JCP G.*, 2005, n°30, pp. 1451-1456, chron. F. SUDRE.

¹⁶⁹⁴ Voir notamment Com. EDH, déc., 14 avril 1998, *Patrick Holland c. Irlande*, req. n°24827/94.

¹⁶⁹⁵ Cour EDH, Gde ch., 19 février 2013, *X. et autres c. Autriche*, req. n°19010/07 ; *JCP G.*, 2013, n°29, doctr. 855, chron. F. SUDRE ; *RTD Civ.*, 2013, n°2, pp. 329-333, note J-P. MARGUENAUD.

¹⁶⁹⁶ H. SURREL, « Exclusion des couples homosexuels de l'adoption coparentale : un arrêt peu convaincant », *JCP G.*, 2013, n°11, 316.

couples non mariés, peuvent servir de point de comparaison¹⁶⁹⁷. C'est donc à la lumière de cet échantillon réduit que la Cour estime pouvoir rechercher si les Etats opèrent ou non une différence de traitement entre couples hétérosexuels et homosexuels non mariés. Dans ces conditions, elle relève que sur les « *dix Etats membres du Conseil de l'Europe qui ouvrent l'adoption coparentale aux couples non mariés, [seulement] six d'entre eux traitent les couples hétérosexuels et les couples homosexuels de la même manière à cet égard* »¹⁶⁹⁸ et quatre ont opté pour une législation similaire à celle de l'Autriche, c'est-à-dire excluant les couples homosexuels de ce type d'adoption. Cela étant, la Cour ne faisant que répondre à l'affirmation du Gouvernement selon laquelle il n'existe pas de consensus européen en la matière, décide finalement de ne pas se saisir de cette analyse comparative, « *l'étroitesse de cet échantillon ne permet[tant] de tirer aucune conclusion sur un éventuel consensus entre les Etats membres du Conseil de l'Europe* »¹⁶⁹⁹.

487. Si la démarche peut s'expliquer dans la mesure où la Cour considère que la situation d'un couple homosexuel est analogue à celle d'un couple hétérosexuel non marié dont l'un souhaiterait adopter l'enfant de l'autre, elle nous semble néanmoins biaisée puisque orientée d'avance. Comme le souligne l'opinion partiellement dissidente, « *la méthode conduit inexorablement à faire abstraction d'une tendance claire, selon laquelle la grande majorité des Etats parties refuse pour l'instant, l'adoption coparentale aux couples non mariés en général, et a fortiori [...] de même sexe* »¹⁷⁰⁰. En d'autres termes, la Cour refuse de réceptionner la diversité interétatique existant quant à une question sensible et morale, et ignore donc, l'absence de consensus en matière d'accès pour les couples homosexuels à l'adoption coparentale. En effet, la diversité est double. D'une part, il y a une absence d'approche commune entre les dix Etats membres ouvrant l'adoption coparentale aux couples non mariés et ce, dans la mesure où seulement quatre d'entre eux permettent un accès aux couples homosexuels. D'autre part, vingt-quatre des trente-neuf Etats membres du Conseil de l'Europe étudiés réservent l'adoption coparentale aux couples mariés¹⁷⁰¹. Même la Convention européenne de 2008, en matière d'adoption des enfants, se doit d'être écartée dès

¹⁶⁹⁷ Cour EDH, Gde ch., 19 février 2013, *X. et autres c. Autriche*, req. n°19010/07, § 149, JCP G., 2013, n°29, doctr. 855, Chron. F. SUDRE ; RTD Civ., 2013, n°2, pp. 329-333, note J-P. MARGUENAUD.

¹⁶⁹⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰⁰ Opinion partiellement dissidente commune aux juges CASADEVALL, ZIEMELE, KOVLER, JOCIENE, SIKUTA, DE GAETANO et SICILIANOS, § 15 sous l'arrêt Cour EDH, Gde ch., 19 février 2013, *X. et autres c. Autriche*, op. cit.

¹⁷⁰¹ Cour EDH, Gde ch., 19 février 2013, *X. et autres c. Autriche*, op. cit., § 57.

lors que le faible nombre de ratifications dénote une absence de « *communauté de vues actuelle entre les Etats européens* »¹⁷⁰². En l'espèce, la Cour vient donc neutraliser le pluralisme dans le but d'anéantir la marge d'appréciation de l'Etat membre. Le combat semblait de toute manière perdu d'avance puisque, face à une allégation de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, la marge d'appréciation des Etats est inexorablement étroite pour ne pas dire inexistante¹⁷⁰³. En raison de la combinaison entre un motif de discrimination surprotégée et une démarche comparative altérée, la Cour européenne ne pouvait donc que conclure à une violation de l'article 14 combiné à 8. Notons que dans son précédent jurisprudentiel *Gas et Dubois contre France* du 15 mars 2012¹⁷⁰⁴, la Cour européenne avait, à l'inverse, fait preuve de retenue judiciaire concluant à la non-violation de l'article 14 combiné à 8, sans toutefois avoir eu recours au constat d'une absence de consensus sur les questions d'adoptions coparentales entre personnes de même sexe. Cette nouvelle affaire *X et autres contre Autriche* s'inscrit donc, plutôt, dans la lignée jurisprudentielle de l'affaire précitée *E.B. contre France* – concernant des demandes d'adoptions monoparentales, émanant de personnes de même sexe – et confirme, qu'en la matière, l'interprétation consensuelle est sujette aux variations.

488. Plus que dans l'hypothèse d'une instrumentalisation du critère de la présence d'un consensus, celle d'une manipulation du critère de l'absence de consensus porte irrémédiablement atteinte au principe de subsidiarité. En effet, la négation ou neutralisation du pluralisme vient très clairement réduire la diversité européenne et donc limiter le jeu de la subsidiarité conventionnelle, dont le rôle fondamental est la sauvegarde du pluralisme et la défense des souverainetés étatiques.

*
* *

489. L'affirmation selon laquelle l'interprétation consensuelle recèlerait une part d'arbitraire (au sens d'un choix libre, sans référence aux règles conventionnellement établies),

¹⁷⁰² *Ibid.*, § 150.

¹⁷⁰³ *Ibid.*, § 148.

¹⁷⁰⁴ Cour EDH, 15 mars 2012, *Gas et Dubois c. France*, req. n°25951/07 ; *JCP G.*, 2012, n°19, 589, note A. GOUTTENOIRE, F. SUDRE.

ou, en d'autres termes, relèverait en grande partie du bon plaisir et de la seule volonté de la Cour¹⁷⁰⁵, nous semble bien malheureusement se confirmer.

490. En effet, l'analyse de la jurisprudence européenne met visiblement en exergue une utilisation variable de l'interprétation consensuelle quant à ses implications sur l'étendue de la marge nationale d'appréciation. Les attitudes du juge, face au jeu du consensus européen, seront ainsi multiples, peu importe qu'il soit confronté à la présence ou à l'absence d'un dénominateur commun. S'il ne faut pour autant pas ignorer l'application majoritairement « classique » de l'élément consensuel et la permanence de la jurisprudence européenne en la matière – la Cour reconnaissant dans la plupart des cas une large marge d'appréciation face à l'absence de consensus et, à l'inverse, une marge réduite face à l'existence d'un consensus¹⁷⁰⁶ – notons toutefois qu'elle ne se prive pas de nombreuses libertés qui, à elles seules, nuisent à la cohérence du contrôle européen. Ainsi, lorsque la Cour européenne se voit confrontée à la présence d'un dénominateur commun entre Etats européens, elle n'hésitera pas à neutraliser parfois ce consensus pour tout de même conférer à l'Etat membre une ample marge d'appréciation. A l'inverse, lorsqu'elle constate une absence d'approche européenne commune, elle viendra parfois limiter ce pluralisme et réduire d'autant la liberté d'appréciation de l'Etat concerné afin, généralement, de conclure à une violation de la Convention. Pour ce faire, elle procède différemment, soit en ignorant l'élément consensuel, soit en le modifiant pour le mener là où elle veut, soit enfin en le contrariant alors même que celui-ci induit une solution précise quant à la détermination de l'ampleur de cette marge.

491. Une telle instrumentalisation du consensus européen n'a toutefois pas toujours été aussi prégnante dans la jurisprudence européenne. En effet, il semblerait qu'il n'existe que peu de traces¹⁷⁰⁷ d'une telle utilisation du consensus avant les années 2000 – l'ensemble des principaux exemples d'une manipulation évidente de l'interprétation consensuelle étant quasi-unanimement postérieur à cette date – et semble donc être globalement apparue de manière concomitante à la mise en place de la « nouvelle » Cour de Strasbourg. Malgré le caractère limité du champ de l'étude, il nous semble possible d'avancer qu'un vent nouveau paraît avoir

¹⁷⁰⁵ G. GONZALEZ, « Le jeu de l'interprétation consensuelle », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, édition Nemesis, Anthemis, 2014, p. 131.

¹⁷⁰⁶ Voir *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, § 2.

¹⁷⁰⁷ Voir, notamment, Cour EDH, 18 décembre 1987, *F. c. Suisse*, req. n°11329/85, série A n°128, § 33, où la Cour ne sanctionne pas la Suisse bien qu'elle soit dans une position clairement isolée vis-à-vis des autres Etats membres à la Convention ; Cour EDH, 23 mars 1992, *B. c. France*, req. n°13343/87, série A n°232-C, comme prémisses à l'affaire Cour EDH, Gde ch., 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, req. n°28957/95, Rec. 2002-VI.

été insufflé avec l'entrée en vigueur du Protocole n° 11, accentué évidemment par l'accroissement du nombre d'Etats parties à la Convention¹⁷⁰⁸, l'interprétation consensuelle étant d'autant plus complexe à réaliser qu'il existe un grand nombre de situations étatiques à prendre en compte. En effet, le nouvelle Cour de Strasbourg a visiblement fait œuvre d'une politique jurisprudentielle novatrice en matière d'interprétation consensuelle, sans qu'elle ne se livre toutefois à une appréciation du consensus systématiquement libérée. A l'aune de la jurisprudence récente, il est également possible de constater que cette tendance à l'instrumentalisation du consensus s'est manifestement accentuée ces quatre dernières années. Cette confirmation d'une utilisation variable de l'élément consensuel est toutefois davantage marquée sur le terrain de la présence d'un consensus que sur celui de son absence. La volonté du juge d'ignorer l'existence d'une approche européenne commune, le conduisant généralement sur la voie d'une interprétation évolutive et d'un développement-renforcement des droits, peut éventuellement s'expliquer au regard de la récente valorisation du principe de subsidiarité – au travers notamment des diverses conférences sur l'avenir de la Cour¹⁷⁰⁹ dont la première date justement de 2010 – qui invite le juge européen à faire preuve de prudence et de compréhension. Ne serait-ce donc pas les prémices d'une application renforcée du principe de subsidiarité qui, encadrant désormais les libertés étatiques et valorisant la responsabilité des Etats membres, invite la Cour à plus de retenue judiciaire¹⁷¹⁰ ? De longue date, l'interprétation consensuelle sert d'ailleurs davantage à réfréner l'interprétation évolutive plutôt qu'à l'accompagner¹⁷¹¹ et apparaît donc comme un « *alibi commode d'un attentisme prudent* »¹⁷¹². Cela étant, et même si la majorité de la jurisprudence confirme que la présence d'un consensus réduit la marge et que son défaut l'étend, les hypothèses d'une application détournée du consensus ne sont pas de nature à rassurer le justiciable. Elles confirment, bien au contraire, que « *l'interprétation consensuelle n'est que le masque du pouvoir discrétionnaire du juge européen* »¹⁷¹³.

¹⁷⁰⁸ Le seuil des 40 Etats parties à la Convention est justement franchie autour des années 1999, avec notamment l'adhésion de la Géorgie, devenue le 41ème Etat membre du Conseil de l'Europe le 27 avril 1999.

¹⁷⁰⁹ Voir, en ce sens, les quatre Conférences de haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, d'Interlaken des 18 et 19 février 2010, d'Izmir des 26 et 27 avril 2011, de Brighton des 18, 19 et 20 avril 2012 et de Bruxelles des 26 et 27 mars 2015.

¹⁷¹⁰ Voir *infra*, Partie 2, Titre 2.

¹⁷¹¹ Voir, notamment, F. RIGAUX, « Interprétation consensuelle et évolutive », in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruylant, coll. « Droit et justice », n°21, 1998, p. 51 et F. SUDRE, « A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G.*, 2001, n°28, I 335.

¹⁷¹² F. SUDRE, « A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*

¹⁷¹³ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 12^{ème} édition, 2015, p. 223.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

493. Au terme de ce 1^{er} chapitre, l'utilisation fluctuante des techniques d'expression de la subsidiarité, et donc du principe de subsidiarité, est indéniable même si circonscrite à un nombre globalement restreint d'affaires. Rappelons, à ce titre, que l'interprétation consensuelle – du fait de ses implications sur l'étendue de la marge nationale d'appréciation – est en effet un outil légitime de mise en œuvre du principe de subsidiarité. D'une part, l'interprétation consensuelle, en ce qu'elle permet de dégager un dénominateur commun aux systèmes juridiques nationaux et donc d'élaborer une norme commune, contribue à préserver le standard européen de protection des droits de l'homme. D'autre part, elle protège les particularismes nationaux à partir du moment où il n'existe pas de communauté de vues entre les Etats membres et que le pluralisme interétatique doit donc être sauvegardé. Elle permet ainsi de ménager en pratique – du fait de son influence sur l'ampleur de la marge – un équilibre entre unité et diversité, entre un respect des souverainetés étatiques et une protection effective des droits de l'homme en Europe, tel que le recommande le principe de subsidiarité. En ce sens, consensus et marge sont les « techniques » qui, dans la jurisprudence, permettent une juste application et variation du principe de subsidiarité, selon que l'Etat membre se situe en dessus ou en deçà du standard européen commun. Par conséquent, s'il est vrai que « *les incohérences de la jurisprudence préservent l'ouverture et obligent à persévérer dans la pensée complexe* »¹⁷¹⁴, l'utilisation variable de ces techniques porte néanmoins atteinte au respect même du principe de subsidiarité qui semble, de ce fait, évoluer au gré de la volonté du juge de Strasbourg. Que ce soit d'une part, en raison d'une instabilité du degré de consensus requis par le juge européen, juge qui s'appuie tout aussi bien mais de manière non systématique, sur une tendance ou un consensus *européen* – naissant ou stabilisé – que sur une tendance ou un consensus *international* ; ou que ce soit d'autre part, en raison de l'incohérence des implications du consensus sur l'étendue de la marge – de ce fait changeante et capricieuse – le résultat est le même : le principe de subsidiarité souffre d'une application variable dans la jurisprudence européenne.

¹⁷¹⁴ C. GREWE, « Quelques réflexions sur la fonction de juger à partir de l'arrêt Mamatkoulou c. Turquie rendu par la Cour EDH », in *Essays in Honour of Christian Tomuschat*, N.P. Engel Verlag, 2006, pp. 527-544.

494. Toutefois et contrairement à notre impression initiale concernant l'instrumentalisation du principe de subsidiarité¹⁷¹⁵, il apparaît que le juge européen ne manipule pas les techniques d'expression du principe dans le seul sens d'une limitation de la subsidiarité et donc d'une extension de son contrôle. En effet, si les principales critiques doctrinales accusent généralement la Cour de faire preuve d'un activisme excessif, l'analyse des hypothèses récentes de manipulation du consensus démontre que la Cour ignore également le consensus naissant ou existant, pour tout de même conférer à l'Etat membre une large marge d'appréciation. L'instrumentalisation du principe de subsidiarité n'irait donc pas uniquement dans le sens d'une exclusion du principe, mais d'un renforcement inopportun de celui-ci. Ce constat n'en reste pas moins illustratif de l'instrumentalisation du principe qui – rappelons-le – est également pourvu d'une dimension positive, favorable à la protection effective des garanties. Ainsi, la recherche d'harmonisation des droits nationaux, que soutient le principe de subsidiarité, semble ici compromise puisque, en neutralisant le dénominateur commun, le juge européen vient conforter la position de l'Etat membre, bien qu'en marge du consensus et donc en deçà du standard européen commun.

495. Par ailleurs, l'utilisation fluctuante des techniques d'expression de la subsidiarité entache inexorablement la légitimité du juge européen ainsi que la qualité de sa motivation, qui perd en cohérence et conviction, puisque fondée sur des principes aux applications non rigoureuses¹⁷¹⁶. L'instabilité du degré de consensus requis et de son utilisation, pour le moins variable, provoque donc, au-delà d'une instrumentalisation du principe même de subsidiarité, une profonde insécurité juridique et pose ainsi des problèmes en termes de prévisibilité de la jurisprudence. Ainsi que l'évoque le Professeur Frédéric SUDRE, « *l'insécurité juridique est patente et tient au caractère erratique de l'interprétation consensuelle et à son lien flexible avec la marge d'appréciation* »¹⁷¹⁷. Bien que s'inscrivant au cœur d'une politique

¹⁷¹⁵ Voir *supra*, les propos introductifs du Titre 1 de la Partie 2.

¹⁷¹⁶ Notons, à ce titre, que l'obligation de motivation juridique participe incontestablement à légitimer le contrôle du juge, à encadrer son pouvoir d'interprétation et donc à respecter la subsidiarité. Dans sa thèse de doctorat, Aurélia SCHAHMANECHE explique que la motivation permet d'exprimer et « *de traduire les exigences* » du principe de subsidiarité. Elle permet également de garantir son respect puisque le juge ne doit pas dépasser les compétences qui lui ont été souverainement accordées et donc agir dans les limites de son contrôle. Voir, en ce sens, A. SCHAHMANECHE, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, Pedone, 2014, p. 46 et suiv. Dans sa décision Cour EDH, déc., 10 mai 2012, *Magnon c. France*, req. n°26219/08, § 29, la Cour européenne fait d'ailleurs clairement le lien entre l'exigence de motivation et le respect du principe de subsidiarité.

¹⁷¹⁷ F. SUDRE, « Le recadrage de l'office du juge européen », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, édition Nemesis, Anthemis, 2014, p. 250.

jurisprudentielle prédéterminée¹⁷¹⁸, l'instrumentalisation de la subsidiarité conventionnelle reste, par conséquent, nuisible au principe qui, privé de ses principaux critères d'influence, perd en crédibilité et souffre d'une effectivité limitée.

496. Toutefois, et pour sa défense, il nous semble d'une part, que dans la mesure où la Cour est de plus en plus confrontée à des questions de sociétés nouvelles et inévitablement mouvantes, ce modèle du consensus européen ne constitue plus forcément une technique interprétative adaptée¹⁷¹⁹. En effet, il s'avère manifestement délicat d'obtenir un consensus sur des questions morales, religieuses ou éthiques qui font appel à des sensibilités et convictions propres, variant d'un pays à l'autre, qui plus est, entre quarante-sept Etats membres de la Convention aux cultures différentes. L'inadaptation du consensus à la majeure partie du contentieux européen est telle que certains juges s'interrogent, d'ailleurs, sur « *l'opportunité de le démêler de la marge d'appréciation dans certains types d'affaires* »¹⁷²⁰, voire même, tout simplement, sur « *l'hypothèse d'une renonciation par la Cour à l'interprétation consensuelle* »¹⁷²¹. Finalement, c'est donc peut-être parce que la technique de l'interprétation consensuelle ne convient plus, que la Cour, livrée à elle-même, use et abuse de cette méthode interprétative dépassée pour lui faire dire ce qu'elle ne peut. Là semble donc être le véritable « challenge » du juge de Strasbourg qui, face à une évolution du monde et des questions suscitées, devrait peut-être se réinventer et ainsi avoir recours à une technique renouvelée, plus appropriée aux problèmes contemporains de société¹⁷²². D'autre part, il est vrai que la Cour de Strasbourg n'a jamais dit que le consensus européen devait être

¹⁷¹⁸ Voir *infra*, Partie 2, Titre 2.

¹⁷¹⁹ Pour un avis contraire, voir L. WILDHABER, A. HJARTARSON et S. DONNELLY, « No Consensus on Consensus ? : The Practice of the European Court of Human Rights », *Human Rights Law Journal*, 2013, vol. 33, p. 262. Les auteurs considèrent, en effet, que « *le consensus a été et demeure solidement ancré dans la réalité* » (traduit par nous).

¹⁷²⁰ Opinion dissidente commune des juges TULKENS, VAJIĆ, SPIELMANN, ZUPANČIČ et LAFFRANQUE sous l'arrêt Cour EDH, Gde ch., 3 avril 2012, *Van Der Heijden c. Pays-Bas*, req. n°42857/05 ; *JCP G.*, 2012, n°17, 525, obs. B. PASTRE-BELDA ; *JCP G.*, 2012, n°35, doct. 924, chron. F. SUDRE.

¹⁷²¹ B. PASTRE-BELDA, « Et si la Cour européenne des droits de l'homme renonçait à l'interprétation consensuelle ? », *RTDH*, 2015, n°101, pp. 89-113, spéc. p. 89.

¹⁷²² A notre avis, s'il est difficile de soutenir la thèse d'un abandon pur et simple de l'interprétation consensuelle tant cette technique est légitime et utile pour la protection à la fois des droits et des diversités nationales, de même qu'il apparaît délicat d'espérer une systématisation de cette technique interprétative tant il est compliqué d'en faire un instrument mathématique au vu du nombre important d'Etats actuellement membres à la Convention, il nous semble néanmoins qu'une rationalisation-clarification de celle-ci s'impose. En effet, il apparaît à notre sens nécessaire que la Cour, d'une part, précise les divers degrés d'importance conférés au consensus, selon qu'il s'agit d'une tendance, d'un consensus implicite, d'un consensus explicite, d'un consensus européen et international etc. et, d'autre part, indique qu'il ne s'agit finalement que d'un élément confortatif ou confirmatif de l'étendue de la marge, sans lien direct et automatique entre la présence d'un consensus et la restriction de celle-ci.

juridiquement contraignant. Il renseigne, « *informe, quant au contenu des obligations conventionnelles contenues dans la Convention* »¹⁷²³ et se voit donc finalement doté d'une fonction indicative et persuasive, au mieux, dans certains cas seulement, décisive¹⁷²⁴.

497. Cela étant, les instrumentalisations du critère du consensus, de la marge nationale d'appréciation et donc du principe de subsidiarité étant constatées et démontrées, il apparaît à présent naturel de s'interroger sur ce qui peut bien, à l'heure actuelle, guider l'activisme ou la retenue du juge européen, puisque l'élément consensuel n'est visiblement plus le critère déterminant d'une reconnaissance du principe de subsidiarité.

¹⁷²³ L. WILDHABER, A. HJARTARSON et S. DONNELLY, « No Consensus on Consensus ? : The Practice of the European Court of Human Rights », *op. cit.*, p. 256.

¹⁷²⁴ *Ibid.*, p. 262.

CHAPITRE 2 : LA REDÉFINITION DES CRITÈRES D'APPLICATION DU PRINCIPE DE SUBSIDIARITÉ

499. Si l'analyse des techniques d'expression de la subsidiarité a permis de démontrer que le consensus européen n'était manifestement plus le critère principal de détermination de la marge et donc d'application de la subsidiarité, la mobilisation du principe par le juge strasbourgeois n'en reste pas moins en partie conditionnée et répond donc, en ce sens, à une possible systématisation de ses actuelles conditions d'application. Il conviendra ainsi de rechercher et de proposer quels peuvent bien être les « nouveaux » paramètres de variation du principe de subsidiarité, non seulement au stade du contrôle de la nécessité de l'ingérence mais également, en amont, au titre – notamment – du contrôle de la légitimité des buts poursuivis par l'Etat¹⁷²⁵. Si à chaque étape du contrôle de la Cour, le principe de subsidiarité devrait pouvoir intervenir et justifier que le juge accorde une plus grande liberté d'appréciation aux Etats membres¹⁷²⁶, le contrôle de conventionnalité se concentre toutefois sur la nécessité de l'ingérence étatique dans une société démocratique et donc, principalement, sur la vérification de la proportionnalité de cette ingérence au but légitime poursuivi. Il est en effet rare que la Cour de Strasbourg décèle une violation de la Convention dès les premiers stades de son contrôle, que ce soit au niveau de la légalité¹⁷²⁷ de la mesure ou des buts légitimes poursuivis, conditions qui se voient ainsi, très rarement, à elles seules sanctionnées¹⁷²⁸. Mais si sur le terrain de la légalité de la mesure, la Cour de Strasbourg

¹⁷²⁵ Après avoir constaté l'existence d'une ingérence dans l'exercice de l'un des droits garantis, la Cour européenne vérifie si elle peut être néanmoins compatible avec les exigences conventionnelles, son contrôle s'effectuant alors selon trois étapes relativement distinctes. Elle vérifie, tout d'abord, que l'ingérence étatique était bien prévue par la loi, c'est-à-dire qu'elle disposait d'une base légale suffisamment précise, prévisible et accessible pour que l'on puisse exiger de tout requérant potentiel qu'il s'y conforme. Elle vérifie, ensuite, que l'ingérence étatique poursuivait bien un but légitime justifiant une telle restriction aux droits garantis et qu'elle était, enfin, proportionnée à ce but, ou en d'autres termes, nécessaire dans une société démocratique.

¹⁷²⁶ L'analyse du principe de subsidiarité au travers du seul prisme de la marge nationale d'appréciation est en effet quelque peu restrictive dans la mesure où la subsidiarité ne peut lui être strictement assimilée, cette doctrine de la marge n'étant qu'une traduction du principe au titre du seul contrôle de la nécessité de l'ingérence dans une société démocratique. Le principe de subsidiarité doit donc jouer, tant en amont – au stade de la recevabilité et du contrôle au fond – qu'en aval du contrôle européen et doit donc potentiellement intervenir à tous les stades et niveaux d'exercice du contrôle de la Cour. Cela étant, le contrôle de proportionnalité n'en reste pas moins le cœur du contrôle européen et la marge, l'expression directe du principe de subsidiarité dans la jurisprudence européenne, ce qui ne pourra être ignoré dans le cadre de cette analyse.

¹⁷²⁷ G. GONZALEZ, « L'Armageddon des services fiscaux ou conclusion attendue d'une « révélation » peu inspirée », *JCP G.*, 2011, n°36, 943.

¹⁷²⁸ G. GONZALEZ, « L'inconventionnalité des sanctions pour port de tenues à caractère religieux dans les lieux publics ouverts à tous », *JCP G.*, 2010, n°18, 514.

semble néanmoins exercer un contrôle normal¹⁷²⁹ – exigeant la présence d'une base légale suffisamment précise, prévisible et accessible pour valider cette condition¹⁷³⁰ et sur lequel nous ne nous attarderons donc pas – la question de la légitimité des buts poursuivis fait, quant à elle, l'objet d'une appréciation des plus minimales, à l'inverse du contrôle très protecteur de la raison d'Etat¹⁷³¹. Pourtant et bien que « *trop souvent négligée, la détermination des buts légitimes poursuivis par l'ingérence litigieuse, constitue une variable clef du contrôle ou, plus précisément, du processus de justification de la décision juridictionnelle* »¹⁷³².

500. A l'inverse, le caractère rigoureux de son contrôle de proportionnalité s'exprimera, pour l'essentiel, au travers du contrôle de la marge nationale d'appréciation, dont l'étendue « *dépend non seulement de la finalité de la restriction, [...] de la nature du droit en cause* »¹⁷³³ mais varie, également, « *selon les circonstances, les domaines et le contexte ; la présence ou absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des États contractants peut constituer un facteur pertinent à cet égard* »¹⁷³⁴. Ainsi, le contrôle de la marge et indirectement du principe de subsidiarité au titre du contrôle de proportionnalité, s'effectue au travers d'une combinaison aléatoire de différents critères – déjà évoqués¹⁷³⁵ – que sont la finalité de la restriction, la nature du droit en cause, les circonstances de temps et de lieu propres à l'espèce, le domaine ou contexte de l'affaire et enfin, la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux Etats membres. Si le critère du consensus – identifié à tort comme un paramètre déterminant des variations de la marge et du principe de subsidiarité – se doit d'être écarté, il semblerait que désormais ce soit le critère du domaine qui apparaisse comme le critère décisif et principal d'une mise en œuvre du principe, consolidé par celui de la nature du but légitime qui se dessine alors, comme le critère d'un renforcement de l'application du principe. Loin d'identifier des paramètres inédits, dès lors que les critères de la nature du but et du domaine ont déjà été énoncés au titre des conditions

¹⁷²⁹ Ce qui la conduit, dans certaines hypothèses, à sanctionner l'Etat membre du fait d'une violation de la Convention, sur l'unique base de son contrôle de la légalité. Voir, par exemple, Cour EDH, 16 septembre 2014, *Plechkov c. Roumanie*, req. n°1660/03, s'agissant de son constat de violation au titre de l'article 1 du protocole n°1.

¹⁷³⁰ Voir, notamment, Cour EDH, 24 avril 1990, *Kruslin et Huvig c. France*, req. n°11801/85 et 11105/84, série A n°176-A ; *GACEDH*, n°5 ; Cour EDH, 30 juin 2011, *Assoc. Les Témoins de Jéhovah de France c. France*, req. n°8916/05, *JCP G.*, 2011, n°36, 943, note G. GONZALEZ.

¹⁷³¹ Voir, en ce sens, M. DELMAS-MARTY, *Raisonnement la raison d'Etat : Vers une Europe des droits de l'homme*, PUF, 1989.

¹⁷³² N. HERVIEU, « Les funestes paradoxes européens de l'espace public verrouillé », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 18 juillet 2012.

¹⁷³³ Cour EDH, 24 novembre 1986, *Gillow c. Royaume-Uni*, req. n°9063/80, série A n°109, § 55.

¹⁷³⁴ Cour EDH, 28 novembre 1984, *Rasmussen c. Danemark*, req. n°8777/79, série A n°87, § 40.

¹⁷³⁵ Voir *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, § 2.

d'appréciation de l'étendue de la marge, ce chapitre vise donc à identifier le ou les critères contemporains d'une reconnaissance du principe. En d'autres termes, si le critère du domaine a toujours été utilisé par la Cour de Strasbourg, il n'a jamais pour autant été identifié en tant que critère principal du contrôle opéré.

501. Seront par conséquent identifiés, le domaine de la mesure ou de l'abstention litigieuse en tant que critère *principal* d'application de la subsidiarité ainsi que la nature du but légitime en tant que critère *secondaire*, d'un renforcement du principe. La reconnaissance d'une subsidiarité en droit européen semble en effet doublement varier, d'une part, en fonction du stade du contrôle ; la Cour de Strasbourg se livrant manifestement à une appréciation minimale des buts légitimes à l'inverse de son contrôle normal sur le terrain de la légalité et poussé sur le terrain de la proportionnalité et d'autre part, en fonction de l'objet du litige, la Cour faisant preuve d'une très nette retenue dans les domaines sensibles. Malgré une utilisation variable du principe de subsidiarité dans la jurisprudence européenne et donc de la difficulté d'identifier des critères systématiques vérifiables en toutes hypothèses¹⁷³⁶, le critère de la nature du but légitime poursuivi se dessine, en effet, comme le critère d'un renforcement du principe (**Section 1**) tandis que le critère du domaine ou du contexte de l'affaire apparaît comme le critère principal d'application du principe de subsidiarité (**Section 2**).

SECTION 1 : UNE APPRÉCIATION MINIMALE DES BUTS LÉGITIMES POURSUIVIS, SOURCE D'UNE IDENTIFICATION DU CRITÈRE DE LA NATURE DU BUT

502. L'impression selon laquelle le principe de subsidiarité varie, en tout premier lieu, en fonction du stade du contrôle du juge, ce dernier préférant être laxiste sur le terrain de la légitimité des buts poursuivis par l'Etat, pour être bien plus sévère sur le terrain de la proportionnalité de l'ingérence ensuite, se voit confirmée par le juge européen lui-même. Il affirme, en effet, que « *la pratique de la Cour est d'être plutôt succincte lorsqu'elle vérifie l'existence d'un but légitime, au sens des seconds paragraphes des articles 8 à 11 de la*

¹⁷³⁶ En raison des variations de la jurisprudence européenne et du caractère flou et ambigu du principe de subsidiarité, cette analyse ne prétend pas identifier des critères inconditionnels et systématiques mais tend à démontrer leur poids néanmoins déterminant dans la jurisprudence contemporaine du juge européen.

Convention »¹⁷³⁷ et confirme donc que cette même Cour n'exploite pas suffisamment le contrôle de la légitimité du but mais se livre, au contraire, à une appréciation des plus minimales des motifs de restriction invoqués par l'Etat. Bien que garante d'une subsidiarité matérielle, cette retenue judiciaire nous semble parfois excessive, frôlant davantage le déni de justice plus que l'autolimitation judiciaire normale. Notons, toutefois, que les trois étapes du contrôle de la Cour – légalité, légitimité et nécessité de l'ingérence – sont en pratique bien plus imbriquées que ce que le cadre théorique du fonctionnement du contrôle européen ne le laisse présager. En effet, l'analyse du but ne pourra être strictement décorrélée du contrôle de la proportionnalité de l'ingérence étatique mais aura, au contraire, des incidences directes sur son étendue et, réciproquement, sur celle de la liberté des Etats. Ces incidences seront alors doubles et varieront selon la nature du but légitime poursuivi. D'une part, le contrôle du but pourra induire une réduction de la marge nationale d'appréciation et un strict contrôle de proportionnalité, si le motif invoqué par l'Etat pour justifier son ingérence, s'analyse en une notion « objective », telle que la protection de l'autorité judiciaire en matière d'atteinte à la liberté d'expression¹⁷³⁸. D'autre part, le contrôle de la légitimité de l'ingérence pourra induire une extension de la marge et donc un contrôle de proportionnalité plus souple, si le but légitime a, à l'inverse, un caractère contingent, relatif et donc variable, telle que la protection de la morale¹⁷³⁹ notamment. L'insaisissabilité du contenu du motif de restriction et donc la nature du but légitime retenu, viendra ainsi conditionner la rigueur du contrôle du juge, tout en influençant la détermination de l'étendue de la marge nationale d'appréciation. La détermination et le contrôle de la légitimité des buts poursuivis, restent de toute manière, un préalable indispensable au contrôle de la nécessité de l'ingérence¹⁷⁴⁰.

503. Par conséquent, l'analyse des buts légitimes par la Cour de Strasbourg doit être regardée comme potentiellement déterminante d'une application du principe de subsidiarité. Ainsi, l'interprétation extensive retenue par le juge des droits de l'homme à l'égard des motifs justifiant qu'une restriction soit portée à l'un des droits garantis (§. 1), elle-même combinée à un contrôle européen des plus limités en ce qui concerne l'appréciation de ces buts (§. 2), participe incontestablement à définir une liberté d'appréciation maximale aux Etats membres, s'agissant de la légitimité des buts invoqués. Cette liberté étatique se voit d'autant plus

¹⁷³⁷ Cour EDH, Gde ch., 1 juillet 2014, *S.A.S. c. France*, req. n°43835/11, § 114 ; *JCP G.*, 2014, n°28, 826, obs. H. SURREL.

¹⁷³⁸ Cour EDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, req. n°6538/74, série A n°30.

¹⁷³⁹ Cour EDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, req. n°5493/72, série A, n°24 ; *GACEDH*, n°7.

¹⁷⁴⁰ G. GONZALEZ, *La Convention européenne des droits de l'homme et la liberté des religions*, coll. Coopération et développement, Economica, 1997, p. 194.

renforcée, lorsque certains types de buts sont en cause, ce qui confirme *in fine* que, dans certaines hypothèses, la nature du but légitime poursuivi se dessine comme le critère d'un renforcement du principe de subsidiarité (§. 3).

§1- Une interprétation extensive des motifs de restriction possibles

504. L'affirmation selon laquelle le juge européen opère une interprétation extensive des motifs de restriction aux droits garantis peut à première vue surprendre, tant elle contredit le principe traditionnel d'interprétation stricte des clauses de restriction. Dans son rapport n°31 du 18 mai 1977, la Commission européenne a, en effet, précisé que « *la clause d'exception [de l'article 10 de la Convention] doit, selon une règle universellement acceptée, être interprétée strictement* »¹⁷⁴¹ ce qui signifie « *qu'aucun autre critère que ceux visés dans la clause d'exception ne saurait être à la base d'une restriction* »¹⁷⁴². Il apparaît pourtant indéniable, comme le soutient d'ailleurs une thèse de doctorat portant sur les notions autonomes et la marge nationale d'appréciation, que « *la Cour adopte une ligne jurisprudentielle interprétant d'une manière très extensive le contenu des objectifs que les Etats sont en droit de poursuivre* »¹⁷⁴³. Or, cette extensivité – qu'elle soit principalement due à l'acceptation, par la Cour, des limitations implicites (A), au peu d'autonomie des motifs justifiant une ingérence étatique dans l'un des droits garantis (B), ou enfin à la pratique étatique, validée par la Cour, consistant à avoir recours à une multitude de buts légitimes pour justifier une même ingérence (C) – est clairement de nature à favoriser une retenue judiciaire, parfois même excessive, en ce qui concerne le contrôle de la légitimité des buts poursuivis par l'Etat membre.

A- Une extensivité initiée par la reconnaissance de limitations implicites

505. Contrairement à la Déclaration universelle des droits de l'homme, qui envisage dans son article 29 une clause générale de restriction à l'ensemble des droits et libertés

¹⁷⁴¹ Com. EDH, (Pléniaire), Rapport (31) du 18 mai 1977 concernant l'affaire *Sunday Times c. Royaume-Uni*, req. n°6538/74, § 194 (traduit par nous).

¹⁷⁴² *Ibid.*

¹⁷⁴³ E. KASTANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1996, p. 70.

garantis¹⁷⁴⁴, la Convention européenne a, quant à elle, opté pour une définition de motifs spécifiques à chaque droit. Cette liste de motifs, variant donc, selon le droit invoqué est, pour la plupart, mentionnée dans les clauses d'ordre public figurant au deuxième paragraphe des articles dits relatifs, articles qui autorisent donc qu'une limitation soit ainsi portée au droit présentement consacré. Dès la lecture de ces clauses, le sentiment est que la Convention européenne – bien que précisant et donc encadrant les fuites étatiques possibles – fait tout de même la part belle à la liberté des Etats, les limitations pouvant être diversement justifiées, que ce soit pour protéger l'ordre public, la sécurité nationale ou la sûreté publique, ou encore le bien-être économique du pays ou les droits et libertés d'autrui. Le Professeur Mireille DELMAS-MARTY souligne, à ce titre, que « *la légitimité du but invoqué est admise, par la Convention elle-même, dans des conditions si larges qu'aucune condamnation ne se fonde sur le seul fait que le but invoqué serait illégitime* »¹⁷⁴⁵.

506. Bien qu'extrêmement large, l'énumération des motifs de restriction apparaît néanmoins exhaustive, puisque conventionnellement limitée en fonction du droit invoqué. Cette délimitation des buts légitimes s'est vue, dans un premier temps, confirmée par la Cour de Strasbourg. Se montrant en effet très prudente sur la formulation d'une théorie générale des limitations implicites, elle va venir rejeter, dans une affaire Golder contre Royaume-Uni du 21 février 1975 notamment, l'argument du Gouvernement défendeur, qui invoquait pour sa défense, le recours à de telles limitations. Mais, tout en affirmant qu'il ne lui revient pas « *d'échafauder une théorie générale des limitations admissibles* »¹⁷⁴⁶, la Cour n'écarte toutefois pas la possibilité d'une reconnaissance future de telles restrictions¹⁷⁴⁷. Quelques années plus tard, dans une jurisprudence Mathieu-Mohin et Clerfayt contre Belgique, elle va ainsi admettre – sur le fondement même de l'affaire Golder¹⁷⁴⁸ – qu'il y a place pour de telles limitations inhérentes et ainsi accepter qu'une restriction étatique puisse poursuivre d'autres

¹⁷⁴⁴ L'article 29 § 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée à Paris, le 10 décembre 1948 stipule que « *dans l'exercice de ses droits et dans la jouissance de ses libertés, chacun n'est soumis qu'aux limitations établies par la loi exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et afin de satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique* ».

¹⁷⁴⁵ M. DELMAS MARTY, « Le rôle du juge européen dans la reconnaissance du jus commune-Signification et limites », in *Protection des droits de l'Homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv RYSSDAL*, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, p. 406.

¹⁷⁴⁶ Cour EDH, 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n°4451/70, série A n°18, § 39 ; *GACEDH*, n°27.

¹⁷⁴⁷ Dans une affaire Cour EDH, 27 février 1980, *Deweert c. Belgique*, req. n°6903/75 (*JDI*, 1982, p. 197, obs. P. ROLAND) elle va ainsi affirmer que « *le "droit à un tribunal" n'est pas plus absolu [et] se prête à des limitations implicites* » (§ 49) bien que non encore exploitées au cas d'espèce.

¹⁷⁴⁸ Cour EDH, 2 mars 1987, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, req. n°9267/81, série A n°114, § 52.

buts que ceux prévus par le texte¹⁷⁴⁹. Des conditions d'encadrement de telles limitations existent néanmoins, la Cour n'acceptant de reconnaître l'existence de restrictions implicites que lorsque trois conditions sont remplies¹⁷⁵⁰. Tout d'abord, le droit susceptible de limitations implicites ne doit pas être expressément protégé par la Convention et représente donc généralement un droit implicitement découvert par le juge européen¹⁷⁵¹. Ensuite, il ne doit pas être un droit absolu, à l'exemple de l'article 3 de la Convention, mais un droit relatif naturellement susceptible de limitations. Enfin, il ne doit pas déjà bénéficier d'une clause spécifique de restriction, à l'exemple des clauses d'ordre public des articles 8 à 11 de la Convention¹⁷⁵².

507. Toutefois, même si la Cour européenne n'accepte pas formellement la reconnaissance de limitations implicites sur le terrain des droits relatifs classiques bénéficiant déjà d'une clause de restriction¹⁷⁵³, les limitations apportées à ceux-ci ne s'en trouvent pas moins compatibles avec une grande diversité de finalités possibles. A titre d'exemple caractéristique de l'appréciation extensive des motifs de restriction conventionnellement admis, la Cour a reconnu que le but du « *vivre ensemble* »¹⁷⁵⁴ pouvait être considéré comme légitime sur le terrain de l'article 9 de la Convention alors même que « *l'énumération des exceptions [...] qui figure dans le second paragraphe [dudit article] est exhaustive et [que] la définition de ces exceptions [se veut] restrictive* »¹⁷⁵⁵. La position de la Cour en la matière, reste d'ailleurs ambiguë, celle-ci se targuant, d'une part, de l'exhaustivité de la liste des motifs de restriction de l'article 9, tout en affirmant, d'autre part, que « *pour être compatible avec la Convention, une restriction à cette liberté doit notamment être inspirée par un but*

¹⁷⁴⁹ La Cour de Strasbourg réceptionne alors le motif d'un apaisement « *des différends linguistiques au sein du pays* » (§ 57) pour justifier les restrictions apportées au droit à des élections libres.

¹⁷⁵⁰ Voir, en ce sens, B. DUARTE, *Les restrictions aux droits de l'homme garantis par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et les Conventions américaine et européenne des droits de l'homme*, thèse, Université de Lille II, 2005, p. 265.

¹⁷⁵¹ Voir, en ce sens, E. KASTANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 75.

¹⁷⁵² C'est notamment ce que précise la Cour dans son arrêt Cour EDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, req. n°7819/77, série A n°80, expliquant que si elle a reconnu que « *le droit d'accès aux tribunaux [...] peut donner lieu à des restrictions tacitement autorisées, cette solution s'expliquait cependant par la circonstance qu'il s'agissait d'un droit implicitement consacré par la première phrase de l'article 6 par. 1* » (§ 90), à l'inverse du droit au prononcé public de la décision auquel l'article 6 « *dresse déjà une liste détaillée d'exceptions* » (§ 90).

¹⁷⁵³ Voir, en ce sens, les articles 8 à 11 de la Convention.

¹⁷⁵⁴ Cour EDH, Gde ch., 1 juillet 2014, *S.A.S. c. France*, op. cit., § 122.

¹⁷⁵⁵ *Ibid.*, § 113.

susceptible d'être rattaché à l'un de ceux que cette disposition énumère »¹⁷⁵⁶. A l'évidence, le juge européen n'exclut donc nullement l'acceptation d'autres buts légitimes, pourvu qu'ils puissent être en lien avec ceux conventionnellement admis. Cette méthode de rattachement des motifs « secondaires » au but « principal » mentionné par la Convention, permet ainsi au juge de Strasbourg de développer une interprétation particulièrement compréhensive des motifs de restriction possibles. En l'espèce, le lien entre le motif vague et flexible du « vivre ensemble » et de celui conventionnellement admis de « protection des droits et libertés d'autrui » n'est d'ailleurs pas des plus flagrants. Elle confirme notamment cette approche dans une affaire Parrillo contre Italie du 27 Août 2015, la Cour n'hésite pas à réceptionner le but de protection de « *la potentialité de vie dont l'embryon est porteur* »¹⁷⁵⁷ dès lors que la restriction au droit est inspirée par un but susceptible d'être rattaché à l'un de ceux que l'article 8 énumère¹⁷⁵⁸. En l'espèce, un tel but est ainsi jugé en lien avec les motifs de protection de la morale et des droits et libertés d'autrui. De manière plus traditionnelle, c'est ainsi également que la Cour réceptionne, toujours sur le terrain de l'article 8 de la Convention, le but légitime de protection de l'environnement, puisqu'en lien avec le motif de défense des droits d'autrui¹⁷⁵⁹. Puisque les Etats membres peuvent donc assez librement invoquer des buts qui ne figurent pas expressément dans la Convention, certains auteurs en viennent même à « *se demander s'il existe vraiment un numerus clausus des buts légitimes* »¹⁷⁶⁰ invocables.

508. Si par le biais d'une reconnaissance des limitations implicites, la Cour de Strasbourg fait un premier pas vers l'admission d'une interprétation extensive des buts légitimes poursuivis, elle favorisera d'autant plus cette extensivité, en refusant de doter les motifs conventionnellement prévus d'un sens autonome, abandonnant ainsi la compétence de leur définition aux Etats membres.

¹⁷⁵⁶ *Ibid.*

¹⁷⁵⁷ Cour EDH, Gde ch., 27 Août 2015, *Parrillo c. Italie*, req. n°46470/11, § 162 ; *JCP G.*, 2015, n°38, p. 1630, obs. A. SCHAMANECH ; *JCP G.*, 2015, n°44, pp. 1998-2002, comm. G. LOISEAU ; *GP*, 2015, n°259-260, p. 31, note C. BERLAUD.

¹⁷⁵⁸ *Ibid.*, § 163.

¹⁷⁵⁹ Cour EDH, 17 octobre 2013, *Winterstein et autres c. France*, req. n°27013/07, § 146 ; *JCP G.*, 2013, n°44, 1144, obs. C. PICHERAL.

¹⁷⁶⁰ E. KASTANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 76.

B- Une extensivité favorisée par la non-autonomie des motifs de restriction

509. Même s'ils sont vagues et particulièrement ambigus, la Cour européenne refuse en pratique¹⁷⁶¹, de conférer aux motifs de restriction, un sens autonome¹⁷⁶². Ainsi, elle reste volontairement liée par les conceptions nationales et octroie implicitement une marge d'appréciation maximale aux Etats membres, pour ce qui est de l'interprétation et application des buts légitimes en droit interne. La Cour a, par exemple, systématiquement refusé de définir le sens et le contenu exact des notions de morale, d'ordre public ou de sécurité nationale, préférant apprécier ces buts en fonction des exigences nationales propres à chaque Etat, plutôt que de leur conférer un sens européen commun, comme elle a pu le faire, notamment pour les notions de bien¹⁷⁶³, d'association¹⁷⁶⁴, de « *droits et obligations de caractère civil* »¹⁷⁶⁵ ou encore d'expulsion¹⁷⁶⁶. Ainsi, dans un arrêt *Vereinigung Bildender Künstler contre Autriche*, elle vient prendre directement appui sur le droit national – en l'espèce, l'article 78 de la loi sur les droits d'auteur – pour en déduire que le but légitime de la « protection des droits d'autrui » vise à protéger contre les atteintes à la réputation d'autrui¹⁷⁶⁷. De même, dans l'affaire *A, B et C contre Irlande*, elle se réfère aux résultats des différents référendums de 1983, 1992 et 2002, portant sur un éventuel élargissement du droit à l'avortement, pour considérer que la notion de morale, en Irlande, suppose une défense du droit à la vie de l'enfant à naître¹⁷⁶⁸. De même dans l'affaire de Grande chambre, *Parrillo contre Italie*, où elle se réfère au but de protection de la morale et des droits et libertés d'autrui, « *au sens où cette notion est entendue par le Gouvernement* »¹⁷⁶⁹. Il apparaît donc très clairement que lorsque la Cour envisage la condition de légitimité du but, elle attache une

¹⁷⁶¹ Certains membres de la Cour ont pu considérer que « *les critères de l'article 10 par. 2 constitu[ai]ent des notions autonomes* ». Voir, en ce sens, l'opinion séparée du juge MOSLER sous l'affaire Cour EDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, req. n°5493/72, série A, n°24 ; *GACEDH*, n°7. Pourtant, la jurisprudence européenne atteste d'une absence d'autonomie des motifs de restriction.

¹⁷⁶² E. KASTANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1996, p. 77.

¹⁷⁶³ Cour EDH, 23 février 1995, *Gasus Dosier c. Pays-Bas*, req. n°15357/89, série A n°306-B, § 53.

¹⁷⁶⁴ Cour EDH, Gde ch., 29 avril 1999, *Chassagnou c. France*, req. n°25088/94, Rec. 1999-III, § 100 ; *GACEDH*, n°69.

¹⁷⁶⁵ Cour EDH, 13 juin 1968, *Neumeister c. Autriche*, req. n°1936/63, série A n°8, § 14.

¹⁷⁶⁶ Cour EDH, 5 octobre 2006, *Bolat c. Russie*, req. n°14139/03, Rec. 2006-XI, § 79 ; *JCP G.*, 2007, I 106, chron. F. SUDRE.

¹⁷⁶⁷ Cour EDH, 25 janvier 2007, *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche*, req. n°68534/01, § 29 ; *JDI*, 2008, n°3, pp. 823-824, note S. AKTYPIŚ.

¹⁷⁶⁸ Cour EDH, Gde ch., 16 décembre 2010, *A, B et C c. Irlande*, req. n°25579/05, § 222 ; *JCP G.*, 2011, n°3, 58, obs. M. LEVINET ; *JCP G.*, 2011, n°4, doct. 94, chron. F. SUDRE ; *Constitutions*, 2011, p. 213, comm. E. DUBOUT.

¹⁷⁶⁹ Cour EDH, Gde ch., 27 Août 2015, *Parrillo c. Italie*, *op. cit.*, § 167.

attention particulière à la situation dans le pays concerné, comme en atteste également une affaire Kurić et autres contre Slovénie où elle étudie expressément la légitimité du but à l'aune du « *contexte général [...] de la dissolution de la RSFY, de l'accession de la Slovénie à l'indépendance en 1991 et de la création d'une démocratie politique effective* »¹⁷⁷⁰. De cette manière, elle vient se ménager une liberté d'interprétation dans l'exercice de son contrôle puisque, non liée par une définition objective et unanime du but, elle demeure libre d'y associer toutes les situations qu'elle jugera en lien avec le motif invoqué. Ainsi, le but de « protection des droits d'autrui » pourra tout aussi bien être utilisé lorsque la mesure litigieuse vise à assurer l'égalité des chances des candidats aux élections¹⁷⁷¹, à sauvegarder la réputation d'autrui¹⁷⁷², à protéger les sentiments religieux des croyants¹⁷⁷³ ou encore à interdire la reconnaissance d'un lien de filiation, entre les enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui et les parents d'intention¹⁷⁷⁴.

510. Parce qu'elle refuse de définir et donc de circonscrire les motifs légitimes de restriction, la Cour abandonne implicitement cette compétence aux autorités nationales qui se voient, par conséquent, « *habilitées à concrétiser les buts énoncés dans la Convention, à donner forme et substance à des objectifs larges et indéterminés* »¹⁷⁷⁵. N'y aurait-il pas de ce fait, un « excès » de subsidiarité sur le terrain du contrôle de la légitimité des buts poursuivis, dès lors que la Cour considère quasi-systématiquement que les autorités nationales sont nécessairement mieux placées qu'elle pour dire ce que sont les nécessités à prendre en compte¹⁷⁷⁶ ? Finalement, les motifs légitimes de restriction apparaissent presque toujours comme étant des notions contingentes qui varient, de ce fait, en fonction du contexte national. Or, il est clair qu'« *en refusant d'établir la portée exacte de chacun de ces buts, les organes*

¹⁷⁷⁰ Cour EDH, Gde ch., 26 juin 2012, *Kurić et autres c. Slovénie*, req. n°26828/06, § 352 ; *JDI*, 2013, n°4, chron. 8., H. APCHAIN.

¹⁷⁷¹ Cour EDH, 14 octobre 2014, *Erdoğan Gökçe c. Turquie*, req. n°31736/04, § 29.

¹⁷⁷² Cour EDH, 25 janvier 2007, *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche*, *op. cit.*, § 29.

¹⁷⁷³ Cour EDH, 20 septembre 1994, *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, req. n°13470/87, série A n°295-A, § 47 ; *RTDH*, 1995, n°23, pp. 401-415, comm. F. RIGAUX ; *RUDH*, 1994, n°12, pp. 441-449, comm. P. WACHSMANN.

¹⁷⁷⁴ Cour EDH, 26 juin 2014, *Menesson c. France*, req. n°65192/11, § 62 ; *JCP G.*, 2014, n°30-35, 877, note A. GOUTTENOIRE ; *JCP G.*, 2014, n°28, 827, obs. B. PASTRE-BELDA ; *JCP G.*, 2014, n°28, doct. 832, chron. F. SUDRE.

¹⁷⁷⁵ R. TOMA, *La réalité judiciaire de la Cour européenne des Droits de l'Homme : activisme et retenue judiciaire*, Nomos, 2003, p. 181.

¹⁷⁷⁶ Cour EDH, Gde ch., 16 décembre 2010, *A, B et C c. Irlande*, *op. cit.*, § 223 : « Grâce à leurs contacts directs et constats avec les forces vives de leur pays », les autorités de l'Etat se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le « contenu précis des exigences de la morale » comme sur « la nécessité d'une restriction destinée à y répondre ».

de Strasbourg laissent aux Etats une marge d'appréciation quasiment illimitée »¹⁷⁷⁷. Certains évoquent d'ailleurs « la plasticité extrême »¹⁷⁷⁸ des buts légitimes qui ressemblent, pour la plupart, à de véritables clauses « attrape-tout »¹⁷⁷⁹.

511. Du fait de l'appréciation non-autonome des motifs, justifiant une restriction aux droits garantis, les Etats membres possèdent donc une latitude majeure pour interpréter et déterminer le contenu précis des buts énoncés par la Convention. L'absence de définition des notions énoncées et donc de spécificité des buts légitimes poursuivis permet par ailleurs à l'Etat membre, d'invoquer une multitude de motifs pour une même ingérence et d'ainsi multiplier ses chances de voir l'ingérence litigieuse jugée légitime.

C- Une extensivité renforcée par la diversité des buts légitimes invoqués

512. Si la Convention européenne a fait le choix d'énoncer une liste de motifs de restriction spécifique à chaque droit relatif¹⁷⁸⁰ et vient donc, *a priori*, garantir un meilleur encadrement des restrictions possibles, la jurisprudence européenne atteste, quant à elle, d'une pratique de contournement de ces limitations. Cette pratique est double et consiste d'une part, à invoquer et réceptionner plusieurs buts légitimes, pour justifier une seule et même ingérence et, d'autre part, à changer de motifs – même si non expressément invoqués – au cours de la motivation juridique. Les jurisprudences *Mouvement Raëlien Suisse contre Suisse* et *Kurić et autres contre Slovaquie*, sont d'ailleurs particulièrement topiques de ce double phénomène.

513. Dans une première affaire, *Mouvement Raëlien Suisse contre Suisse* du 13 juillet 2012, traitant d'une interdiction de campagne d'affichage opposée à une association représentante de soucoupes volantes et d'extra-terrestres, le Gouvernement défendeur invoque différents buts pour justifier sa mesure d'interdiction d'affichages publics, que sont la prévention du crime, la protection de la santé et de la morale ainsi que la protection des droits

¹⁷⁷⁷ R. TOMA, *La réalité judiciaire de la Cour européenne des Droits de l'Homme : activisme et retenue judiciaire*, op. cit., p. 181.

¹⁷⁷⁸ E. KASTANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 78.

¹⁷⁷⁹ *Ibid.*

¹⁷⁸⁰ Notons que malgré cette délimitation apparente, un grand nombre de buts sont les mêmes quel que soit le droit invoqué et ce, bien que certains soient néanmoins propres à un seul droit à l'exemple du but de protection du bien-être économique du pays, propre à l'article 8 ou à celui de la garantie de l'autorité et de l'impartialité du pouvoir judiciaire, propre à l'article 10.

d'autrui¹⁷⁸¹. Face à ce riche énoncé des motifs de restriction, la Grande chambre va – de manière laconique et sans aucun contrôle – admettre que « *la restriction en question poursuivait les buts légitimes précités* »¹⁷⁸² pour ensuite trancher la question de la nécessité de la mesure dans une société démocratique. Or, il est évident que « *l'exposé d'une telle liste [de motifs] obscurcit le fondement précis de l'ingérence* »¹⁷⁸³. Certains juges dissidents critiquent d'ailleurs cette « *mosaïque de motifs* »¹⁷⁸⁴, consistant à invoquer une palette de motifs non individuellement pertinents et dont seule « *la somme conduit [le juge européen] à [les] tenir pour pertinents et suffisants* »¹⁷⁸⁵. De l'aveu de la Cour elle-même, certains de ces motifs, lorsque pris isolément, ne sont donc pas de nature à justifier l'interdiction litigieuse mais elle estime néanmoins, que c'est au vu de l'ensemble des circonstances de l'affaire, qu'il était indispensable d'interdire la campagne de publicité, dans le but d'une protection globale de la santé, de la morale, des droits d'autrui et de la prévention du crime¹⁷⁸⁶. Malgré cela, la Grande chambre ne juge pas nécessaire d'indiquer quel motif serait donc apte à justifier le refus étatique et valide donc la pratique du Gouvernement, consistant à user d'« *un large faisceau de motifs [...], ce qui épargne à la juridiction concernée d'avoir à expliciter le rôle précis joué par chacun d'entre eux* »¹⁷⁸⁷. L'objectif est donc clair, octroyer une liberté d'appréciation et de jugement aux autorités nationales, dans l'application et l'interprétation des motifs de restriction possibles. Ce but est d'ailleurs à demi avoué par la Cour européenne, lorsqu'elle reconnaît que cette diversité des buts invoqués confère aux autorités nationales, « *une certaine latitude pour émettre des autorisations* »¹⁷⁸⁸ dans le domaine de l'affichage, « *la nature même des buts légitimes n'étant donc pas sans rapport avec la large marge nationale d'appréciation reconnue à ces mêmes autorités* »¹⁷⁸⁹.

De même dans l'affaire Hämäläinen contre Finlande – s'agissant de l'interdiction du mariage entre personnes de même sexe – où la Cour reprend à son compte, sans aucun

¹⁷⁸¹ Cour EDH, Gde ch., 13 juillet 2012, *Mouvement Raëlien Suisse c. Suisse*, req. n°16354/06, Rec. 2012, § 54 ; *JCP G.*, 2012, n°37, 971, obs. C. PICHERAL.

¹⁷⁸² *Ibid.*, § 55.

¹⁷⁸³ N. HERVIEU, « Les funestes paradoxes européens de l'espace public verrouillé », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 18 juillet 2012.

¹⁷⁸⁴ Opinion dissidente commune aux juges TULKENS, SAJÓ, LAZAROVA TRAJKOVSKA, BIANKU, POWER-FORDE, VUČINIĆ et YUDKIVSKA sous l'affaire Cour EDH, Gde ch., 13 juillet 2012, *Mouvement Raëlien Suisse c. Suisse*, *op. cit.*, § 54.

¹⁷⁸⁵ C. PICHERAL, « Autolimitation du contrôle européen sur la gestion de l'affichage public "dans le cadre de campagnes non strictement politiques" », *JCP G.*, 2012, n°37, 971.

¹⁷⁸⁶ Cour EDH, Gde ch., 13 juillet 2012, *Mouvement Raëlien Suisse c. Suisse*, *op. cit.*, § 72.

¹⁷⁸⁷ N. HERVIEU, « Les funestes paradoxes européens de l'espace public verrouillé », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 18 juillet 2012.

¹⁷⁸⁸ Cour EDH, Gde ch., 13 juillet 2012, *Mouvement Raëlien Suisse c. Suisse*, *op. cit.*, § 65.

¹⁷⁸⁹ N. HERVIEU, « Les funestes paradoxes européens de l'espace public verrouillé », *op. cit.*

contrôle ni analyse de la condition de légalité, les buts réceptionnés par la Chambre ; considérant donc que l'interdiction de transcription du mariage visait à la fois la protection de « *la santé et de la morale* »¹⁷⁹⁰ ainsi que celle des « *droits et libertés d'autrui* »¹⁷⁹¹. Or, si le but de protection de la morale pouvait apparaître en effet légitime, ne serait-ce qu'au travers du but de protection de la famille traditionnelle, dont la question appelle à des considérations d'ordre moral, il en va différemment du but de protection des droits et libertés d'autrui. Comme le souligne en effet les juges SAJÓ, KELLER et LEMMENS, on ne voit pas très bien en quoi le maintien du lien marital, entre les deux femmes, pourrait déranger autrui¹⁷⁹². Si la Cour européenne juge donc que la question de la légitimité des buts ne mérite pas d'attention particulière et évince donc de son contrôle tout raisonnement à ce propos, il est pourtant clair que le choix des buts laisse parfois à désirer, ou devrait au moins faire l'objet d'une motivation plus détaillée – ou d'une motivation tout court – car il y a là matière à discuter.

514. Dans une autre affaire du 26 juin 2012, *Kurić et autres contre Slovénie* – portant sur le contentieux particulier de l'effacement de ressortissants de l'ex-RSFY du registre des résidents permanents en Slovénie – la Cour européenne n'hésite pas à changer de motif légitime au cours de son raisonnement juridique, ce qui démontre, là encore, toute la souplesse du choix des motifs poursuivis qui, bien qu'énoncés en fonction du droit invoqué, n'en restent pas moins interchangeables. Ainsi, la Grande chambre va dans un premier temps, au titre de la recherche du but légitime, identifier le motif unique et spécifique de la protection des « *intérêts de la sécurité nationale du pays* »¹⁷⁹³ pour, dans un second temps, lors du contrôle de la nécessité de l'ingérence dans une société démocratique, basculer sans justification aucune vers un autre but, celui du « *contrôle du séjour des étrangers* »¹⁷⁹⁴, plus en accord toutefois avec la mesure d'« effacement » des intéressés¹⁷⁹⁵.

515. Dans un cas comme dans l'autre, le choix du but légitime poursuivi apparaît donc bien fragile et incertain. La Cour accepte de réceptionner différents buts et valide donc

¹⁷⁹⁰ Cour EDH, Gde ch., 16 juillet 2014, *Hämäläinen c. Finlande*, *op. cit.*, § 36.

¹⁷⁹¹ *Ibid.*

¹⁷⁹² Opinion dissidente commune des juges SAJÓ, KELLER ET LEMMENS, sous l'affaire Cour EDH, Gde ch., 16 juillet 2014, *Hämäläinen c. Finlande*, *op. cit.*, § 10.

¹⁷⁹³ Cour EDH, Gde ch., 26 juin 2012, *Kurić et autres c. Slovénie*, req. n°26828/06, § 353 ; *JDI*, 2013, n°4, chron. 8, H. APCHAIN.

¹⁷⁹⁴ *Ibid.*, § 357.

¹⁷⁹⁵ Voir, en ce sens, N. HERVIEU, « Le contentieux des “effacés” yougoslaves, prisme révélateur du statut juridique des ressortissants d'une fédération dissoute », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 4 juillet 2012.

davantage le cumul des motifs que l'individualité de ceux-ci, si bien que parfois, elle basculera, au cours de son raisonnement juridique, d'un but à l'autre, sans se soucier de la rigueur ou solidité de son contrôle de la légitimité – somme toute relative – du but poursuivi par l'ingérence étatique litigieuse. A l'interprétation extensive de buts légitimes poursuivis, s'ajoute, en dernier lieu, un contrôle européen particulièrement timoré, ces deux facteurs garantissant manifestement une importante liberté d'action aux Etats membres.

§2- Un contrôle restreint de la légitimité des buts poursuivis

516. Cette liberté manifeste des Etats sur le terrain des motifs pouvant légitimer une restriction aux droits garantis, se confirmera également au stade du contrôle du juge, particulièrement permissif et compréhensif quant à la compatibilité des objectifs poursuivis par la restriction aux motifs énoncés par la Convention. Or, un contrôle approfondi de la légitimité des buts pourrait intervenir à différents niveaux, la Cour devant à la fois vérifier l'existence du but, sa légitimité au regard des restrictions admises par la Convention et la jurisprudence afférente, ainsi que son adéquation à la mesure incriminée. S'agissant du contrôle de l'existence même d'un but, rares sont les affaires où le Gouvernement n'invoque aucun but légitime, ce dernier s'exposant inévitablement à la sanction du juge européen. Peut être néanmoins citée, l'affaire Koch contre Allemagne du 19 juillet 2012 dans laquelle la Cour relève, lors de son examen du volet procédural de l'article 8, « *que le Gouvernement n'a pas soutenu que le refus [des juridictions internes] d'examiner le fond de la cause poursuivait un quelconque but légitime* »¹⁷⁹⁶. Le constat de violation de la Convention se cristallise donc, en l'espèce, dès l'analyse des buts légitimes et ce, en raison du défaut de motif invoqué, de toute façon renforcé par une absence d'adéquation des motifs de restriction possibles avec l'ingérence incriminée¹⁷⁹⁷.

517. Notons, par ailleurs, que les deux dernières « sous-conditions » reviennent plus ou moins au même contrôle, dans la mesure où il est également rare de voir le Gouvernement invoquer un but illégitime en soi. C'est donc essentiellement, au regard de l'ingérence

¹⁷⁹⁶ Cour EDH, 19 juillet 2012, *Koch c. Allemagne*, req. n°497/09, § 67 ; *JCP G.*, 2012, n°35, p. 1516, note M. AFROUKH.

¹⁷⁹⁷ *Ibid.* Le juge des droits de l'homme confirme, en effet, qu'il « *ne voit pas davantage en quoi l'ingérence dans le droit du requérant pouvait servir l'un ou l'autre des buts légitimes énumérés dans ledit paragraphe [2 de l'article 8]* ».

litigieuse, que la légitimité du but sera appréciée ou, pour le dire autrement, c'est en raison de l'absence d'adéquation entre le but et la mesure que ce motif de restriction sera jugé illégitime. Cela étant, si certains auteurs analysent la supervision effectuée par la Cour comme un contrôle quasi-systématique de la qualification juridique des faits¹⁷⁹⁸, c'est très généralement un contrôle minimum de la condition de légitimité des buts qui s'illustrera dans la jurisprudence européenne. En effet, le contrôle de la Cour de Strasbourg se résume traditionnellement à accorder un blanc-seing aux Etats membres sur le terrain de la condition de légitimité (A). Seuls quelques exemples où la Cour européenne exerce un contrôle relativement approfondi du critère du but légitime existent (B).

A- Un blanc-seing traditionnellement accordé aux Etats membres

518. Le juge européen opère un contrôle particulièrement timoré de la légitimité des buts invoqués par l'Etat pour justifier son ingérence dans l'exercice d'une des libertés protégées. Il est en effet monnaie courante de voir le juge des droits de l'homme se contenter, lors de son contrôle théorique de la condition de légalité, d'enregistrer les motifs invoqués par les parties, surtout si celles-ci sont en accord sur la question des buts. Ainsi, dans l'affaire Akdas contre Turquie par exemple, « *la Cour observe qu'il n'y a pas de controverse entre les parties sur [...] la légitimité du but poursuivi, à savoir la protection de la morale. Elle souscrit [donc] à ce constat* »¹⁷⁹⁹. De même dans une affaire Costa et Pavan contre Italie, où l'analyse de la Cour se limite à affirmer que « *cette ingérence [...] peut passer pour poursuivre les buts légitimes de protection de la morale et des droits et libertés d'autrui* »¹⁸⁰⁰, sans aucun contrôle sur l'adéquation de ces buts avec l'ingérence litigieuse. Si l'accord des parties sur l'existence d'un but peut éventuellement favoriser un tel recul, le contrôle apparaît néanmoins tout aussi lapidaire lorsque les parties au litige s'opposent sur la question de la légitimité du but. Ainsi, dans la jurisprudence Moustaquim contre Belgique par exemple, la Chambre note que selon le requérant « *l'ingérence en cause ne poursuivait aucun des buts*

¹⁷⁹⁸ B. DUARTE, *Les restrictions aux droits de l'homme garantis par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et les Conventions américaine et européenne des droits de l'homme*, thèse, Université de Lille II, 2005, p. 536.

¹⁷⁹⁹ Cour EDH, 16 février 2010, *Akdas c. Turquie*, req. n°41056/04, § 24 ; *JCP G.*, 2010, n°35, doct. 859, F. SUDRE.

¹⁸⁰⁰ Cour EDH, 28 août 2012, *Costa et Pavan c. Italie*, req. n°54270/10, § 59 ; *JCP G.*, 2013, n°3, pp. 92-98, chron. F. SUDRE.

légitimes énoncés à l'article 8 § 2 »¹⁸⁰¹ tandis que le Gouvernement estime « *au contraire qu'elle visait une fin pleinement compatible avec la Convention : "la défense de l'ordre". La Cour arrive, comme le Conseil d'État de Belgique, à la même conclusion* »¹⁸⁰². Un même constat d'absence pure et simple de contrôle de l'existence et de la légitimité du but – le juge ne faisant qu'enregistrer les observations du Gouvernement – peut être également fait, à l'aune des jurisprudences *Chappell contre Royaume-Uni*¹⁸⁰³ ou *Brunet contre France*¹⁸⁰⁴ notamment.

519. Et lorsque la Cour opère un contrôle, cela revient soit à « *déterminer s'il y a identité des buts poursuivis par l'Etat avec ceux de l'article approprié* »¹⁸⁰⁵, soit à souscrire aux positions des juridictions nationales sur cette question. En attestent l'affaire *Moustaquim* précitée ou la jurisprudence *Vereinigung Bildender Künstler contre Autriche*, dans laquelle la Cour de Strasbourg, pour justifier qu'elle ne réceptionne pas le but de protection de la morale publique néanmoins invoqué par l'Etat, se fonde sur les décisions judiciaires nationales¹⁸⁰⁶. En effet, c'est toujours en appui sur les décisions des juridictions nationales et donc sans substituer sa propre appréciation à la leur – conformément aux exigences du principe de subsidiarité¹⁸⁰⁷ – que le juge des droits de l'homme relève que la mesure attaquée visait bien le but légitime que constitue la protection des droits d'autrui¹⁸⁰⁸. Rappelons à ce sujet que c'est bien grâce au principe de subsidiarité que les autorités nationales peuvent conserver une liberté d'appréciation dans la mise en œuvre de la Convention, la condition des buts légitimes leur permettant, tout particulièrement, de moduler l'application des droits conventionnels

¹⁸⁰¹ Cour EDH, 18 février 1991, *Moustaquim c. Belgique*, req. n°12313/86, série A n°193, § 39 ; *RTDH*, 1991, p. 385 et suiv., comm. P. MARTENS.

¹⁸⁰² *Ibid.*, § 40.

¹⁸⁰³ Cour EDH, 30 mars 1989, *Chappell c. Royaume-Uni*, req. n°10461/83, série A n°152-A, § 51.

¹⁸⁰⁴ Cour EDH, 18 septembre 2014, *Brunet c. France*, req. n°21010/10, § 32 ; *JCP G.*, 2014, n°41, 1023, obs. K. BLAY-GRABARCZYK.

¹⁸⁰⁵ G. GONZALEZ, *La Convention européenne des droits de l'homme et la liberté des religions*, coll. Coopération et développement, Economica, 1997, p. 184.

¹⁸⁰⁶ Cour EDH, 25 janvier 2007, *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche*, req. n°68534/01, § 31 (*JDI*, 2008, n°3, pp. 823-824, note S. AKTYPIŚ) : La Cour « observe que ni le libellé de la loi ni les termes dans lesquels les décisions de justice pertinentes ont été rédigées ne font référence à un tel but. La Cour ne saurait donc admettre que les autorités autrichiennes [...] visaient un autre objectif que la protection des droits individuels de M. Meischberger ».

¹⁸⁰⁷ Voir *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, § 2 notamment.

¹⁸⁰⁸ Cour EDH, 25 janvier 2007, *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche*, *op. cit.*, § 29 : « les juridictions internes ont interdit à l'association requérante de continuer à exposer le tableau en cause car il constituait à leur avis une atteinte à la réputation de M. Meischberger [et] admet donc que la mesure attaquée visait le but légitime que constitue la protection des droits d'autrui ».

selon leurs propres conceptions de l'intérêt général et de manière à ne pas contrarier leurs politiques publiques nationales¹⁸⁰⁹.

520. Par ailleurs, le laxisme de la Cour européenne face à l'analyse du but, a parfois pu conduire la Chambre à recourir à des formules des plus maladroites – telles qu'« *en admettant même que la mesure litigieuse puisse passer pour viser les buts légitimes* »¹⁸¹⁰ – et donc peu enclines à rassurer le justiciable sur la rigueur du contrôle opéré. Dans cette affaire Scoppola contre Italie (n° 3), la Grande chambre va d'ailleurs très rapidement passer sur la question des buts, s'appuyant notamment sur son précédent Hirst n°2 contre Royaume-Uni¹⁸¹¹ où la question avait été plus longuement débattue, pour conclure que l'interdiction du droit de vote en cause poursuivait les objectifs légitimes – multiples là encore ! – que sont « *le renforcement du sens civique et du respect de l'Etat de droit ainsi que le bon fonctionnement et le maintien de la démocratie* »¹⁸¹². Si la réponse ainsi présentée semblait des plus évidentes, le juge David THOR BJÖRGVINSSON, dans son opinion dissidente, ne partage toutefois pas le même avis. En effet, il souligne à juste titre l'absence d'adéquation entre le but du « bon fonctionnement et du maintien de la démocratie » et la mesure d'interdiction de droit de vote incriminée. En effet, si ce motif peut être, en tant que tel, louable et en ce sens légitime, il n'est pas évident que « *priver du droit de vote une partie entière de la population [...] contribue au bon fonctionnement et au maintien de la démocratie* »¹⁸¹³, ce but ne semblant donc ni répondre à la restriction contestée, ni la justifier. Il est au contraire bien plus « *probable que ladite législation a[rit] exactement l'effet inverse* » car, selon le juge, « *faire voter des détenus et mieux faire accepter leur droit de vote est bien plus susceptible*

¹⁸⁰⁹ Voir, en ce sens, R. TOMA, *La réalité judiciaire de la Cour européenne des Droits de l'Homme : activisme et retenue judiciaire*, Nomos, 2003, p. 175.

¹⁸¹⁰ Cour EDH, Gde ch., 22 mai 2012, *Scoppola n°3 c. Italie*, req. n°126/05, § 45 ; *RTDH*, 2013, n°14, pp. 433-456, note N. HERVIEU.

¹⁸¹¹ Dans lequel certains juges n'avaient pas manqué de marquer leur désaccord sur la question du choix des buts et de leur légitimité. Voir, en ce sens, l'opinion concordante commune aux juges TULKENS et ZAGREBELSKY ainsi que l'opinion dissidente du juge COSTA sous l'affaire Cour EDH, Gde ch., 6 octobre 2005, *Hirst c. Royaume-Uni (N°2)*, req. n°74025/01, Rec. 2005-IX ; *JDI*, 2006, n°3, pp. 1169-1171, note M. EUDES.

¹⁸¹² Cour EDH, Gde ch., 22 mai 2012, *Scoppola n°3 c. Italie*, *op. cit.*, § 92.

¹⁸¹³ Opinion dissidente du juge THOR BJÖRGVINSSON dans Cour EDH, Gde ch., 22 mai 2012, *Scoppola n°3 c. Italie*, *op. cit.*

d'accomplir ce but important »¹⁸¹⁴. Partant, la légitimité du but vis-à-vis de la mesure litigieuse est loin d'être assurée et mériterait une analyse plus approfondie¹⁸¹⁵.

521. Si la Cour européenne procède parfois à la qualification juridique des faits pour confirmer ou infirmer les motifs invoqués¹⁸¹⁶, « *c'est [toutefois] avec un pouvoir d'examen extrêmement limité que les organes de Strasbourg analysent l'exigence du but légitime : dans la plupart des cas, ils prennent acte du motif invoqué [...] et suite à un raisonnement sommaire, ils en acceptent la légitimité* »¹⁸¹⁷. De rares hypothèses d'un contrôle approfondi du critère du but, peuvent être néanmoins identifiées.

B- Les rares hypothèses d'un contrôle approfondi du but légitime poursuivi

522. Bien que la jurisprudence européenne témoigne, très généralement, d'un contrôle lapidaire et expéditif des buts légitimes poursuivis ou, tout du moins, d'un contrôle juridictionnel minimum¹⁸¹⁸, des exceptions semblent pouvoir être mentionnées. Et s'il existe de rares exemples d'un contrôle normal de la légitimité des buts, d'autant plus rares sont ceux d'un contrôle approfondi de ces buts.

523. La Cour européenne a en effet réalisé ce que l'on pourrait qualifier de contrôle normal de la légitimité des buts, dans sa célèbre affaire Sunday times contre Royaume-Uni du 26 avril 1979. En l'espèce, elle était venue, dans un premier temps, apprécier le motif de « préservation de l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire » invoqué par le Gouvernement et tout particulièrement les termes de « pouvoir judiciaire » ou d'« autorité »,

¹⁸¹⁴ *Ibid.*

¹⁸¹⁵ Cette tendance à une absence de contrôle approfondi de la condition de légitimité n'empêche toutefois pas la Cour de vérifier, dans cette affaire, la correspondance du but invoqué par l'Etat avec la mesure incriminée.

¹⁸¹⁶ Voir, en ce sens, l'affaire Cour EDH, 28 septembre 2004, *Sabou et Pircalab c. Roumanie*, req. n°46572/99 où était en cause une interdiction de droits parentaux justifiée par le Gouvernement par des raisons de préservation de la sécurité, de la moralité et de l'éducation des mineurs (§ 46). La Cour constate « *qu'en droit roumain, l'interdiction d'exercer les droits parentaux s'applique automatiquement et d'une manière absolue à titre de peine accessoire à toute personne qui exécute une peine de prison [...] et constitue plutôt un blâme moral ayant comme finalité la punition du condamné et non pas une mesure de protection de l'enfant* » (§ 48). Elle conclut donc à une violation de l'article 8 de la Convention pour défaut de but légitime justifiant une telle mesure (§ 49). Voir également l'affaire Cour EDH, 29 octobre 1992, *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, req. n°14234/88 et al., Série A n°246 (*GACEDH*, n°72 ; *RFDC*, 1993, p. 216 et suiv., note F. SUDRE) dans laquelle la Cour européenne vient également évincer le motif de prévention des crimes, dès lors que « *ni la communication des renseignements en cause, ni une interruption de grossesse subie à l'étranger ne constituaient une infraction pénale* » (§ 63) pour ne retenir que celui de protection de la morale.

¹⁸¹⁷ E. KASTANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1996, p. 85.

¹⁸¹⁸ Voir, par exemple, G. GONZALEZ, *La Convention européenne des droits de l'homme et la liberté des religions*, coll. Coopération et développement, Economica, 1997, p. 191.

pour pouvoir rechercher si l'ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression, visait bien la garantie d'un tel but¹⁸¹⁹. S'appuyant minutieusement, dans un second temps, sur la liste des raisons invoquées par la Chambre des Lords pour justifier une telle restriction¹⁸²⁰, elle conclut donc que l'ingérence en cause répondait bien à un but légitime mentionné par la clause d'ordre public de l'article 10.

524. Dans une affaire plus récente, *Association rhino et autres contre Suisse* du 11 octobre 2011¹⁸²¹ – concernant une dissolution d'une association visant à loger économiquement ses membres *via* des occupations illégales – la Cour européenne semble effectuer un contrôle un peu plus poussé de la condition de légitimité, bien qu'essentiellement opéré sur le terrain de la proportionnalité. Au titre du « but légitime », la Cour européenne réalise en effet un contrôle expéditif des motifs invoqués par l'Etat¹⁸²². Mais lors de son contrôle de la « nécessité de la mesure dans une société démocratique », la Cour strasbourgeoise revient sur cette condition de légitimité pour finalement considérer que les motifs invoqués n'étaient pas pertinents et suffisants, à quoi s'ajoute par ailleurs une disproportion manifeste de la mesure incriminée¹⁸²³. Pour parvenir à une telle conclusion, la Cour a sanctionné les deux motifs invoqués, les jugeant illégitimes au vu de la mesure de dissolution contestée. S'agissant du but de la protection des droits d'autrui tout d'abord, elle note que « *la mesure de dissolution de l'association qui est un acte essentiellement juridique, n'a pas résolu, par elle-même, l'occupation jugée illégale des immeubles en cause* », c'est pourquoi « *l'on ne saurait prétendre que la mesure litigieuse aurait concrètement et effectivement eu pour but la protection des droits des propriétaires des immeubles* »¹⁸²⁴. En d'autres termes, la Cour vient souligner l'inadéquation du but légitime invoqué à la mesure adoptée par l'Etat, la dissolution de l'association n'ayant nullement permis l'évacuation des occupants des immeubles. S'agissant ensuite du but de maintien de l'ordre, la Cour réitère – sans plus d'analyse – sa remarque selon laquelle, elle « *n'est pas convaincue que la dissolution de l'association était nécessaire pour le maintien de l'ordre, à supposer même*

¹⁸¹⁹ Cour EDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, req. n°6538/74, série A n°30, §§ 55 et 56.

¹⁸²⁰ *Ibid.*, § 57.

¹⁸²¹ Cour EDH, 11 octobre 2011, *Association Rhino et autres c. Suisse*, req. n°48848/07.

¹⁸²² Elle admet, d'une part, que la dissolution de l'association tendait bien au motif de « *protection des droits des propriétaires des immeubles occupés* » (§ 60) en lien avec le motif de protection des droits d'autrui, et affirme d'autre part, qu'« *elle n'est pas convaincue que la mesure litigieuse visait également la défense de l'ordre [mais] laisse [néanmoins] la question ouverte* » (§ 60).

¹⁸²³ Cour EDH, 11 octobre 2011, *Association Rhino et autres c. Suisse*, *op. cit.*, § 67.

¹⁸²⁴ *Ibid.*, § 63.

qu'il eût été perturbé par l'association ou ses activités depuis sa création en 1988 »¹⁸²⁵. Par conséquent, la mesure de dissolution ne pouvait donc passer pour pertinente, dès lors qu'elle ne poursuivait aucun motif de restriction légitime. Si le seul contrôle des buts aurait donc pu suffire à constater une violation de l'article 11 de la Convention, la Cour ne peut toutefois s'empêcher de lier son analyse à celle de la nécessité de l'ingérence et ainsi de renforcer son constat d'une absence de motifs suffisants et pertinents par celui d'une disproportion de la mesure.

525. Enfin, l'affaire S.A.S. contre France du 1^{er} juillet 2014¹⁸²⁶ est, quant à elle, particulièrement représentative du contrôle ponctuellement approfondi du juge sur le terrain des buts légitimes, alors même que son contrôle de la nécessité reste, quant à lui, empreint d'une retenue manifeste. Selon ses propres termes, la Grande chambre procède, en effet, « *à une sélection rigoureuse des buts légitimes de restriction aux droits garantis par les articles 8 et 9 de la Convention [et] exclut la pertinence de certaines justifications telles que celle tirées de l'égalité des sexes ou de la dignité pour retenir la préservation des conditions du vivre ensemble* »¹⁸²⁷. Si, dans la jurisprudence Berrehab contre Pays-Bas du 26 juin 1988¹⁸²⁸ par exemple, elle avait déjà accepté d'écarter certains buts pour n'en valider qu'un seul, elle va néanmoins opérer, en l'espèce, « *un examen approfondi [...] de la teneur des objectifs invoqués* »¹⁸²⁹, confirmé notamment dans l'affaire Perinçek contre Suisse du 15 octobre 2015¹⁸³⁰.

526. Au-delà de la réception inattendue du but légitime de préservation du « *vivre ensemble* » évoqué précédemment¹⁸³¹, c'est en effet un contrôle poussé que la Grande chambre porte sur les différents buts invoqués par l'Etat.

¹⁸²⁵ Ibid., § 64.

¹⁸²⁶ Cour EDH, Gde ch., 1 juillet 2014, *S.A.S. c. France*, req. n°43835/11 ; *JCP G.*, 2014, n°39, 974, note A. LEVADE ; *JCP G.*, 2014, n°29, 835, libres propos B. BONNET.

¹⁸²⁷ C. RUET, « L'interdiction du voile intégral dans l'espace public devant la Cour européenne : la voie étroite d'un équilibre », *Revue des droits de l'homme/ADL*, 12 août 2014.

¹⁸²⁸ Cour EDH, 21 juin 1988, *Berrehab c. Pays-Bas*, req. n°10730/84, série A n°318, §§ 25 et 26. La Chambre avait, en effet, écarté le but de la défense de l'ordre public au profit de celui de la défense du bien-être économique du pays puisque les mesures avaient essentiellement pour objectif, en raison de la densité de la population, de régulariser le marché du travail.

¹⁸²⁹ Cour EDH, Gde ch., 1 juillet 2014, *S.A.S. c. France*, op. cit., § 114.

¹⁸³⁰ Cour EDH, Gde ch., 15 octobre 2015, *Perinçek c. Suisse*, req. n°27510/08 ; *JCP G.*, 2015, n°44, 1179, obs. G. GONZALEZ. Dans cette affaire, la Cour écarte le motif de la défense de l'ordre sur la base d'une appréciation sémantique de la formulation du but dans sa version française ou anglaise et d'une absence d'adéquation aux faits de l'espèce. Elle réceptionne à l'inverse le motif de la protection des droits d'autrui.

¹⁸³¹ Voir *supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 1, A, 1.

Elle va tout d'abord analyser le motif de protection de la sécurité publique qui, à l'aune du projet de loi de la décision du Conseil constitutionnel¹⁸³² ou encore du rapport d'étude du Conseil d'Etat¹⁸³³, est jugée en adéquation avec l'interdiction litigieuse qui vise à « *identifier les individus afin de prévenir les atteintes à la sécurité des personnes et des biens et de lutter contre la fraude identitaire* »¹⁸³⁴.

Elle en vient ensuite au deuxième objectif, celui du « *respect du socle minimal des valeurs d'une société démocratique et ouverte* » qui, en lien avec la « *protection des droits et libertés d'autrui* », renvoie à trois valeurs : le respect de l'égalité entre les hommes et les femmes, le respect de la dignité des personnes et le respect des exigences minimales de la vie en société¹⁸³⁵. Tour à tour, la Cour examine donc ces objectifs et écarte tout aussi bien le motif tenant à l'égalité des sexes, que celui tenant au respect de la dignité, considérant d'une part, que l'objectif de protection de l'égalité des sexes est inapproprié pour venir interdire une pratique que les femmes revendiquent, elles-mêmes, dans le cadre de l'exercice de leurs droits et d'autre part, qu'il n'a pu être démontré que les femmes qui portent le voile intégral souhaitent exprimer une forme de mépris portant atteinte à la dignité d'autrui.

Elle va donc concentrer son examen sur le dernier but du « *vivre ensemble* », ainsi validé puisqu'en corrélation avec la dimension sociale de l'interdiction litigieuse¹⁸³⁶. Les juges NUSSBERGER et JÄDERBLOM marquent néanmoins leur désaccord sur cette question, dans une opinion en partie dissidente, et dénoncent, à ce titre, une absence de but légitime au regard de la Convention. Saluant le rejet des motifs de respect de l'égalité entre les sexes et de respect de la dignité des personnes, ils émettent à l'inverse de sérieux doutes sur la légitimité du but retenu de préservation du vivre ensemble qui, « *factice et vague* »¹⁸³⁷, apparaît sans lien avec la mesure incriminée, dès lors que le voile intégral ne peut être considéré, en tant que tel, comme un obstacle aux développements des relations interpersonnelles. Si l'on ne peut qu'admettre que ce motif est pour le moins spécieux et

¹⁸³² CC, 7 octobre 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, 2010-613 DC, Rec. p. 276.

¹⁸³³ Voir, en ce sens, le rapport adopté par l'assemblée générale plénière du Conseil d'Etat, intitulé « Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral », le jeudi 25 mars 2010.

¹⁸³⁴ Cour EDH, Gde ch., 1 juillet 2014, *S.A.S. c. France*, op. cit., § 115.

¹⁸³⁵ *Ibid.*, § 116.

¹⁸³⁶ *Ibid.*, § 122 : la Cour insiste sur le rôle important du visage dans « *l'interaction sociale* », la nécessité de « *relations interpersonnelles ouvertes* » comme élément indispensable à « *la vie collective au sein de la société* ». Elle parle également du « *droit d'autrui d'évoluer dans un espace de sociabilité facilitant la vie ensemble* ».

¹⁸³⁷ Opinion en partie dissidente commune aux juges NUSSBERGER et JÄDERBLOM sous l'affaire Cour EDH, Gde ch., 1 juillet 2014, *S.A.S. c. France*, op. cit., § 5.

inattendu, notons surtout que, d'une part, la Cour se livre enfin à un contrôle de la légitimité des buts et que d'autre part, elle confère un poids important au motif de restriction retenu dans le cadre de son raisonnement. Même au stade du contrôle de la proportionnalité, elle insiste sur le fait d'une part, que la garantie de conditions permettant aux individus de vivre ensemble dans leur diversité relève des fonctions de l'Etat et que d'autre part, il est tout à fait compréhensible qu'un État juge essentiel d'accorder une importance particulière à l'interaction entre les individus¹⁸³⁸. Le motif du « vivre ensemble » est ainsi déterminant de la qualification de l'ample marge d'appréciation¹⁸³⁹, et par là même, de la solution de non violation empreinte de subsidiarité. Ce faisant, lorsque la Cour se place sur le terrain de la légitimité du but de préservation du vivre ensemble, elle « *prépare [surtout] le terrain de l'argumentaire qui permettra in fine de considérer l'ingérence proportionnée au but légitime poursuivi* »¹⁸⁴⁰. Malgré l'exercice d'un contrôle de la légitimité plus approfondi, la subsidiarité est donc sauvegardée. S'esquisse ainsi, le rôle confortatif, que peuvent endosser certains buts légitimes dans la reconnaissance d'une subsidiarité au cas d'espèce, buts qui apparaissent donc, parfois, comme de véritables critères d'un renforcement du principe de subsidiarité.

§ 3- L'identification de la nature du but comme critère d'un renforcement de la subsidiarité

527. Si la condition de légitimité des buts ne peut être, en tant que telle, identifiée comme un critère déterminant l'application de la subsidiarité – la Cour exerçant certes un contrôle généralement restreint des buts légitimes, mais opérant ensuite, un contrôle poussé de la nécessité de l'ingérence – il semblerait néanmoins que la nature du but invoqué puisse parfois induire un renforcement du principe de subsidiarité, au stade du contrôle de la proportionnalité. Notons toutefois que dans l'affaire Animal Defenders International contre

¹⁸³⁸ Cour EDH, Gde ch., 1 juillet 2014, S.A.S. c. France, *op. cit.*, § 141.

¹⁸³⁹ *Ibid.*, §§ 153, 154, 155.

¹⁸⁴⁰ K. BLAY-GRABARCZYK, « Une certaine retenue face à un choix de société – l'épilogue européen de la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public », *RDLF*, 2014, chron. n°23, disponible sur : <http://www.revuedlf.com/cedh/une-certaine-retenu-face-a-un-choix-de-societe-lepilogue-europeen-de-la-loi-interdisant-la-dissimulation-du-visage-dans-lespace-public/>

Royaume-Uni¹⁸⁴¹ par exemple, la subsidiarité qui irrigue l'ensemble du contrôle européen, paraît davantage tenir au seul critère confortatif du but légitime qu'à sa nature même. En effet, le caractère subsidiaire du contrôle du juge se manifeste dès l'analyse des buts légitimes par la Grande chambre, qui met ainsi l'accent sur l'argument traditionnel de la proximité des autorités nationales¹⁸⁴². Cette logique subsidiaire se confirme ensuite, au titre du contrôle de proportionnalité, au travers d'une part, de l'« *importance cruciale* »¹⁸⁴³ conférée par la Cour à la qualité de l'examen parlementaire et judiciaire de la nécessité d'une mesure générale¹⁸⁴⁴ et d'autre part, de la relativisation de l'impact, au cas d'espèce, de l'interdiction litigieuse¹⁸⁴⁵ et donc du contrôle particulièrement compréhensif du juge, malgré l'étroitesse de la marge nationale d'appréciation¹⁸⁴⁶. Certains types de but ne restent pas moins particulièrement valorisés – parfois même surprotégés par la Cour – notamment lorsque la nature du but vise la protection de l'environnement et des espaces naturels **(A)** ou encore, lorsque est en cause le but de protection de la morale **(B)**, qui – sans être exhaustif – favorisent manifestement un recul du contrôle du juge européen. Cependant, l'impact de la nature du critère du but est d'autant plus marqué qu'il existe une synergie des critères du but et du domaine de l'affaire. Par conséquent, si le but légitime est appréhendé comme le critère d'un *renforcement* et non d'une reconnaissance de la subsidiarité, c'est en raison de son rôle néanmoins « secondaire » dans l'application du principe, à l'inverse du domaine qui apparaît comme le critère principal de la reconnaissance d'une subsidiarité¹⁸⁴⁷.

A- L'exemple principal du but légitime de protection de l'environnement

528. Le but légitime de protection de l'environnement semble en effet induire une autolimitation du contrôle du juge, contrôle qui se trouve alors marqué par de fréquents

¹⁸⁴¹ Cour EDH, Gde ch., 22 avril 2013, *Animal defenders international c. Royaume-Uni*, req. n°48876/08, Rec. 2013 ; *JCP G.*, 2013, n°29, doct. 855, chron. F. SUDRE ; *AJDA*, 2013, n°31, p. 1794, chron. L. BURGORGUE LARSEN.

¹⁸⁴² Face au but de protection du processus électoral en tant qu'élément de l'ordre démocratique invoqué par la Gouvernement, la Cour estime en effet que les autorités nationales sont nécessairement mieux placées qu'elle pour apprécier les difficultés qu'implique la sauvegarde de l'ordre démocratique et qu'il faut donc « reconnaître à l'Etat une certaine latitude pour procéder à pareille appréciation, complexe et tributaire des données propres à chaque pays, qui a joué un rôle crucial dans les choix législatifs examinés en l'espèce » (§ 111).

¹⁸⁴³ Cour EDH, Gde ch., 22 avril 2013, *Animal defenders international c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 113.

¹⁸⁴⁴ *Ibid.*, §§ 113-117.

¹⁸⁴⁵ *Ibid.*, §§ 123-125.

¹⁸⁴⁶ *Ibid.*, § 104.

¹⁸⁴⁷ Voir *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 2.

renvois au rôle prioritaire des autorités nationales¹⁸⁴⁸ ou à la marge d'appréciation des Etats membres. En attestent, notamment, les affaires *Depalle contre France* et *Brosset-Triboulet contre France*, toutes deux du 29 mars 2010. Dans ces affaires, le juge de Strasbourg confère une importance particulière à l'intérêt général de protection de l'environnement vis-à-vis de l'intérêt privé – minimisé – du requérant à voir son droit de propriété respecté, ce qui confirme l'influence jouée par le critère de la nature du but dans la retenue judiciaire opérée (1). On ne peut toutefois ignorer le contexte particulier des affaires étudiées – ayant toutes deux trait à la gestion du domaine public – ni le rôle évidemment déterminant de la synergie des critères du but et du domaine (2).

1- L'influence manifeste du critère de la nature du but

529. Dans ces deux affaires françaises *Depalle*¹⁸⁴⁹ et *Brosset-Triboulet*¹⁸⁵⁰, était en cause un refus des autorités nationales d'autoriser à continuer d'occuper une parcelle du domaine public maritime, sur laquelle avait été édifiée la maison des requérants. Lors de l'analyse de la finalité de l'ingérence, la Cour insiste sur le but « *de protection du rivage de la mer et plus généralement de l'environnement [...] dont la société se soucie sans cesse davantage [et qui] est devenue une valeur dont la défense suscite dans l'opinion publique et par conséquent auprès des pouvoirs publics, un intérêt constant et soutenu* »¹⁸⁵¹. Partant, l'ingérence poursuivait un but particulièrement légitime et important aux yeux de la Cour : celui d'« *encourager le libre accès au rivage* »¹⁸⁵². Mais si la fondamentalité de ce motif de restriction se dessine clairement au titre de l'analyse de la légitimité du but, elle est par ailleurs confirmée au titre de la proportionnalité de l'ingérence, la Cour mettant à nouveau l'accent sur le caractère essentiel de ce motif de restriction. Lors de la recherche d'un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé, la Cour rappelle une nouvelle fois que l'intérêt général de la communauté confère une place prééminente aux

¹⁸⁴⁸ Cour EDH, Gde ch., 29 mars 2010, *Brosset-Triboulet et autres c. France*, req. n°34078/02, Rec. 2010, § 87 (*JCP G.*, 2010, n°35, doct. 859, chron. F. SUDRE ; *JCP G.*, 2010, n°16, 451, obs. G. GONZALEZ) : « *la Cour réitère qu'il appartient en premier lieu aux autorités nationales de décider du type de mesures à prendre pour protéger le littoral* ».

¹⁸⁴⁹ Cour EDH, Gde ch., 29 mars 2010, *Depalle c. France*, req. n°34044/02, Rec. 2010 ; *JCP G.*, 2010, n°35, doct. 859, chron. F. SUDRE ; *JCP G.*, 2010, n°16, 451, obs. G. GONZALEZ.

¹⁸⁵⁰ Cour EDH, Gde ch., 29 mars 2010, *Brosset-Triboulet et autres c. France*, *op. cit.*

¹⁸⁵¹ Cour EDH, Gde ch., 29 mars 2010, *Depalle c. France*, *op. cit.*, § 81 et Cour EDH, Gde ch., 29 mars 2010, *Brosset-Triboulet et autres c. France*, *op. cit.*, § 84.

¹⁸⁵² *Ibid.*

politiques d'aménagement du territoire et de protection de l'environnement¹⁸⁵³, qu'il existe une nécessité croissante de protéger le littoral et son usage par le public¹⁸⁵⁴ et vient donc opérer un lien direct entre le but légitime et l'étendue de la marge nationale d'appréciation, de ce fait « *plus grande que lorsque sont en jeu des droits exclusivement civils* »¹⁸⁵⁵. Cette large marge se voit d'ailleurs corroborée par le rôle, naturellement prioritaire, des autorités nationales, pour « *décider du type de mesures à prendre pour protéger le littoral* »¹⁸⁵⁶. L'influence de la nature du but se confirme, également, à la lecture de la jurisprudence Chabauty contre France dans laquelle le but légitime, tenant à gestion rationnelle du patrimoine cynégétique mais plus largement à la protection des équilibres naturels¹⁸⁵⁷, a un impact évident sur l'appréciation du caractère objectif et raisonnable de la justification d'une différence de traitement entre petits et grands propriétaires et donc du constat de proportionnalité de la mesure en cause.

530. La présence d'un but de protection de l'environnement n'empêche toutefois pas le juge européen de constater certaines violations de la Convention, à l'exemple de la jurisprudence Consorts Richet et Le Ber contre France notamment. Elle y rappelle néanmoins, « *qu'il ne fait aucun doute qu'en concluant à l'amiable les contrats de vente, l'Etat entendait poursuivre un but légitime d'intérêt général, à savoir la protection de l'environnement et en particulier la préservation de l'île de Porquerolles* »¹⁸⁵⁸ et opère, là encore, un rattachement entre la nature du but invoqué et l'ample marge d'appréciation de l'Etat membre¹⁸⁵⁹, bien que non suffisante en l'espèce pour conclure à une absence de violation. Il apparaît donc que le mouvement de « *promotion de la valeur environnementale* »¹⁸⁶⁰ dans la jurisprudence européenne a clairement permis d'inscrire la protection de l'environnement au titre des buts légitimes invocables par les Etats parties¹⁸⁶¹ et surprotégés par la Cour.

¹⁸⁵³ *Ibid.*, § 48 et § 87.

¹⁸⁵⁴ *Ibid.*, § 89 et § 92.

¹⁸⁵⁵ *Ibid.*, § 84 et § 87.

¹⁸⁵⁶ *Ibid.*, § 87 et § 90.

¹⁸⁵⁷ Cour EDH, Gde ch., 4 octobre 2012, *Chabauty c. France*, req. n°57412/08, § 54 ; *JCP G.*, 2012, n°50, 1351, note H. SURREL ; *JCP G.*, 2013, n°3, doctr. 64, chron. F. SUDRE.

¹⁸⁵⁸ Cour EDH, 18 novembre 2010, *Consorts Richet et Le Ber c. France*, req. n°18990/07 et al., § 116 ; *JCP G.*, 2010, n°50, 1251, obs. G. GONZALEZ ; *Gaz. Pal.*, 2011, n°19-20, pp. 13-15, note M. SENO.

¹⁸⁵⁹ *Ibid.*

¹⁸⁶⁰ J-P. MARGUENAUD, « Faut-il adopter un protocole n°15 relatif au droit à l'environnement », in L. ROBERT (dir.), *L'environnement et la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Coll. Cahiers de droit international, 2013, p. 73.

¹⁸⁶¹ Voir, en ce sens, C. BLANC-FILLY, *Les valeurs dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Essai critique sur l'interprétation axiologique du juge européen*, Université Montpellier I, 2013, p. 452.

531. S'il apparaît donc que ce but légitime joue, dans ces affaires, un rôle décisif dans la reconnaissance du principe de subsidiarité, notons néanmoins que l'importance de ce critère du but était ici, visiblement accentuée, par le critère prépondérant du domaine de l'affaire, la convergence de ces deux critères phares n'étant pas sans incidence sur l'extension de la marge et le constat de non-violation de la Convention.

2- Le rôle toutefois déterminant de la synergie des critères

532. S'il est évident que la Cour octroie un poids manifeste au critère de la nature du but, elle n'ignore pas pour autant le contexte particulier de la domanialité publique dans lequel intervient cette affaire et où des règles spécifiques d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité ont cours. Si la Grande chambre est particulièrement compréhensive à l'égard des politiques de protection du littoral, c'est donc parce qu'elles interviennent « *par le biais des règles régissant la domanialité publique* »¹⁸⁶² et « *relèvent par excellence des domaines d'intervention de l'Etat, par le biais notamment de la réglementation des biens dans un but d'intérêt général ou d'utilité publique* »¹⁸⁶³. Ainsi, c'est bien « *eu égard aux règles sur le domaine public* »¹⁸⁶⁴ que la Cour européenne conclut à la proportionnalité de la mesure au but légitime de protection du littoral. Dès lors, si le critère du but n'est pas, à lui seul, décisif de la retenue judiciaire du juge – la convergence des critères semblant être ici la clé d'une application de la subsidiarité – il joue un rôle manifestement renforçateur d'une reconnaissance de la subsidiarité dans certains domaines. Le choix de la Cour de se placer sur le terrain de la réglementation de l'usage des biens n'était pas non plus désintéressée, dès lors que cette norme permet à la Cour un contrôle plus souple, l'absence d'indemnisation n'étant pas, à elle seule, constitutive d'une violation de l'article 1 du Protocole n°1¹⁸⁶⁵. La Cour opère là encore, un lien direct entre le choix de la norme et le critère du domaine de la gestion des espaces publics¹⁸⁶⁶, ce qui confirme toute l'importance du critère du domaine dans la reconnaissance et l'application du principe de subsidiarité. Si « *la Cour adapte manifestement*

¹⁸⁶² Cour EDH, Gde ch., 29 mars 2010, *Depalle c. France*, op. cit., § 86 et Cour EDH, Gde ch., 29 mars 2010, *Brosset-Triboulet et autres c. France*, op. cit., § 89.

¹⁸⁶³ *Ibid.*, § 87 et § 90.

¹⁸⁶⁴ *Ibid.*, § 91 et § 94.

¹⁸⁶⁵ *Ibid.*, § 91 et § 94.

¹⁸⁶⁶ *Ibid.*, § 80 et § 83 : « *le régime juridique du domaine public, en tant qu'il affecte celui-ci à l'usage du public afin de servir le bien commun, correspond à [la] catégorie (de la réglementation de l'usage des biens dans un but d'intérêt général)* ».

son contrôle de proportionnalité aux principes de la domanialité publique »¹⁸⁶⁷ au point de « *sacrifier son contrôle de proportionnalité sur l'autel [de ces] principes déifiés* »¹⁸⁶⁸, le poids du critère de la nature du but de protection de l'environnement ne doit pas être pour autant sous-évalué, tant la Grande chambre s'attache, depuis plusieurs années déjà¹⁸⁶⁹, à conférer une protection singulière à ce but au détriment des droits et libertés conventionnellement garantis.

533. Cette tendance à la valorisation du principe de subsidiarité en cas de protection de l'environnement – que cela soit au travers du critère de la nature du but légitime ou du critère du domaine de l'affaire – se verra, par ailleurs, confirmée dans une affaire *Mangouras* contre Espagne du 28 septembre 2010, s'agissant du montant de la caution exigée pour la remise en liberté du capitaine d'un navire ayant provoqué une catastrophe écologique. En l'espèce, si le domaine du montant de la caution pour libération provisoire – mais aussi de la protection des espaces publics¹⁸⁷⁰ – peut avoir joué un rôle dans l'application de la subsidiarité en raison de son caractère complexe et technique¹⁸⁷¹, il est évident que le contexte de la lutte contre les pollutions maritimes a été, quant à lui, déterminant. Par plusieurs fois, la Cour insiste sur « *la préoccupation croissante et légitime qui existe tant au niveau européen qu'international à l'égard des délits contre l'environnement. En témoignent notamment les pouvoirs et les obligations des Etats en matière de lutte contre les pollutions maritimes ainsi que la volonté unanime tant des Etats que des organisations européennes et internationales d'en identifier les responsables* »¹⁸⁷². Le rappel concernant la meilleure

¹⁸⁶⁷ F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G.*, 2010, n°35, doct. 859.

¹⁸⁶⁸ G. GONZALEZ, « Validation de l'éviction brutale d'un occupant du domaine public maritime », *JCP G.*, 2010, n°16, 451.

¹⁸⁶⁹ En effet, le rôle du critère du but de protection de l'environnement, dans l'application du principe de subsidiarité, ne se remarque pas seulement dans la jurisprudence la plus récente. Voir, par exemple, *Com. EDH*, déc., 18 janvier 1989, *Denev c. Suede*, req. n°12570/86, D.R. N°59, p. 127 ; *Cour EDH*, déc., 23 mars 1999, *Guedou c. France*, req. n°45522/99 ; *Cour EDH*, déc., 25 mai 1999, *Oikodomikos Synetairismos Ygeionomikon "I Ygeia", Karkavelas, Vamvalis et Graikou c. Grèce*, req. n°42396/98. Dans l'affaire *Cour EDH*, Gde ch., 18 janvier 2001, *Chapman c. Royaume-Uni*, req. n°27238/95, Rec. 2001-I par exemple et dans laquelle était en cause une ingérence justifiée par le motif de défense de l'environnement (§ 82), la Cour européenne insistait déjà sur la nécessité de conférer une grande marge d'appréciation aux autorités nationales car elles sont à l'évidence les mieux placées pour procéder à l'évaluation nécessaire à la mise en balance des intérêts (§ 104).

¹⁸⁷⁰ Voir *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, § 2, A, 2.

¹⁸⁷¹ *Cour EDH*, Gde ch., 28 septembre 2010, *Mangouras c. Espagne*, req. n°12050/04, § 88 (*JCP G.*, 2009, n°29, pp. 36-41, chron. F. SUDRE ; *JDI*, 2011, n°4, pp. 1294-1298, note P. TAVERNIER) : « *Il faut se demander si, dans le contexte de la présente affaire, où sont en cause d'importants enjeux financiers, une caution qui aurait été fixée en tenant compte des seules ressources du requérant aurait suffi à assurer sa comparution à l'audience, laquelle demeure le but principal de la caution. La Cour partage l'approche suivie par les juridictions internes sur ce point* ».

¹⁸⁷² *Cour EDH*, Gde ch., 28 septembre 2010, *Mangouras c. Espagne*, *op. cit.*, §§ 86 et 88.

position des juridictions nationales – « *au contact des réalités locales* »¹⁸⁷³ – permet d'opérer le lien avec la subsidiarité, la Cour concluant à l'absence de disproportion du montant de la caution envisagée en raison, notamment, des conséquences particulièrement graves pour l'environnement. Dans ces conditions, il nous semble que la combinaison entre le contexte de l'affaire (ou critère du domaine de la gestion/protection des espaces ou de la lutte contre les pollutions maritimes) et la nature (et gravité¹⁸⁷⁴) de l'infraction (infractions pénales environnementales), a été véritablement déterminant de l'adaptation des critères du contrôle de la Cour, qui fait ainsi preuve d'une réserve particulière. Elle n'a en effet cessé d'insister sur la nature particulièrement grave de l'infraction en cause, ainsi que sur le contexte de l'affaire « *où était en cause une pollution maritime d'une rare ampleur ayant provoqué d'énormes dégâts environnementaux* »¹⁸⁷⁵ pour justifier l'autolimitation de son contrôle. C'est donc sans surprise qu'elle conclut que « *compte tenu du contexte particulier de l'affaire et des conséquences environnementales et économiques catastrophiques du déversement de la cargaison du navire, c'est à juste titre que ces juridictions ont pris en compte la gravité des infractions en cause et l'ampleur du préjudice imputé à l'intéressé* »¹⁸⁷⁶. De cette manière, le juge des droits de l'homme, met visiblement en exergue, le rôle déterminant de la convergence des critères du domaine et de la nature du but, ayant trait tous deux à la protection de l'environnement, dans la reconnaissance d'une subsidiarité au cas d'espèce, l'arrêt Mangouras confirmant donc le « *caractère excessivement subsidiaire et accessoire de l'intervention du juge européen lorsque le litige sous-tend des enjeux environnementaux forts* »¹⁸⁷⁷.

534. Si la convergence des critères du but et du domaine est souvent la cause déterminante d'une retenue judiciaire, il apparaît néanmoins que le but légitime ayant trait à la protection de l'environnement, sert manifestement de levier au juge de Strasbourg pour réduire son contrôle et renforcer d'autant le principe de subsidiarité. Un même constat s'impose lorsque sont en cause des buts légitimes de protection de la morale.

¹⁸⁷³ *Ibid.*, § 85.

¹⁸⁷⁴ *Ibid.*

¹⁸⁷⁵ *Ibid.*, § 88.

¹⁸⁷⁶ *Ibid.*, § 92.

¹⁸⁷⁷ C. BLANC-FILLY, *Les valeurs dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Essai critique sur l'interprétation axiologique du juge européen*, op. cit., p. 452.

B- L'exemple secondaire du but légitime de protection de la morale

535. A l'exemple du but légitime de protection de l'environnement, le but de protection de la morale apparaît, lui aussi, comme un critère confortatif de l'application de la subsidiarité. Un critère confortatif ou renforçateur mais non déterminant cependant, car on ne peut là encore ignorer, lorsque sont en cause des questions morales, éthiques ou religieuses, qu'il existe une assimilation des critères *du but* et *du domaine* des valeurs sociétales, domaine qui reste – semble-t-il – le critère déterminant dans la reconnaissance d'une subsidiarité¹⁸⁷⁸. Face à des questions sensibles de société, il est en effet délicat de dissocier l'influence des critères de la nature du but et de celui du domaine, critères qui se rejoignent et font tous deux appel aux mêmes considérations morales. Trois affaires peuvent être à ce titre mentionnées comme s'appuyant sur le critère de la nature du but pour justifier l'application du principe de subsidiarité et ce, bien qu'essentiellement conditionnée par la nature du domaine en cause.

536. Tout d'abord, la jurisprudence A, B et C contre Irlande démontre, certes, la convergence des critères du but de la protection de la morale et du domaine des valeurs sociétales, mais aussi le rôle par conséquent joué par la nature de ce but légitime dans l'application du principe de subsidiarité. En effet, lorsque la Cour vient étudier la présence et légitimité du but de restriction, elle estime que l'interdiction litigieuse d'accès à l'avortement était « *basée sur des valeurs morales profondes concernant la nature de la vie* »¹⁸⁷⁹, valeurs si bien ancrées dans les mœurs du peuple irlandais que les restrictions litigieuses poursuivaient bien « *le but légitime de protéger de la morale, dont la défense du droit à la vie de l'enfant à naître constitue un aspect en Irlande* »¹⁸⁸⁰. L'importance de ce but est à nouveau réceptionnée au titre du contrôle de la nécessité, la Cour venant ici confirmer – au profit du rôle prioritaire des autorités nationales – que « *grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays [...elles] se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer non seulement sur le “contenu précis des exigences de la morale” mais aussi sur la nécessité d'une restriction destinée à y répondre* »¹⁸⁸¹. Si la Grande chambre s'appuie également sur le critère du domaine ou du contexte de l'affaire, comme nous le

¹⁸⁷⁸ Voir *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, § 1.

¹⁸⁷⁹ Cour EDH, Gde ch., 16 décembre 2010, *A, B et C c. Irlande*, req. n°25579/05, § 222 ; *JCP G.*, 2011, n°3, 58, obs. M. LEVINET ; *JCP G.*, 2011, n°4, doct. 94, chron. F. SUDRE ; *Constitutions*, 2011, p. 213, comm. E. DUBOUT.

¹⁸⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸⁸¹ *Ibid.*, § 223 (souligné par nous).

démontrerons ensuite¹⁸⁸², et que la combinaison des critères concordants du but et du domaine justifie l'ample marge d'appréciation octroyée à l'Etat irlandais, la Cour de Strasbourg opère néanmoins un lien visible entre le rôle du critère du but et la reconnaissance d'une subsidiarité matérielle.

537. Dans l'affaire S.H. contre Autriche¹⁸⁸³ et Stübing c. Allemagne¹⁸⁸⁴ ensuite, la Cour réceptionne également et sans aucun contrôle, les buts légitimes de protection de la morale et de protection des droits et libertés d'autrui¹⁸⁸⁵. Au titre de la nécessité de l'ingérence dans une société démocratique et sur le fondement de but de protection de la morale, la Cour affirme à nouveau que – du fait de leur meilleure connaissance des besoins de la population – les autorités nationales sont *a priori* mieux placées qu'elle pour se prononcer sur le contenu des exigences de la morale dans leur pays¹⁸⁸⁶, tout en consolidant néanmoins la nature subsidiaire de son contrôle à l'aide du caractère synergique du but et du domaine qui, tous deux, se rejoignent sur le terrain sensible des préoccupations morales¹⁸⁸⁷. Parce que la nature du but légitime impacte manifestement l'appréciation de la proportionnalité de la mesure par la Cour – cette appréciation variant selon « *la manière dont les autorités internes conçoivent les exigences de la protection de la morale* »¹⁸⁸⁸ – le critère du but semble donc doté d'un rôle, au moins confortatif, dans l'application du principe de subsidiarité, qui n'en reste pas moins principalement conditionnée par le critère du domaine de l'affaire.

538. Un même constat s'impose par ailleurs lorsqu'est en cause, par exemple, le but légitime de *respect de l'autonomie des Eglises*¹⁸⁸⁹ qui, en lien direct avec le critère du domaine de la place des Eglises dans la société, invite manifestement la Cour à faire preuve

¹⁸⁸² *Ibid.*

¹⁸⁸³ Cour EDH, Gde ch., 3 novembre 2011, *S.H. et autres c. Autriche*, req. n°57813/00 ; *RTD Civ.*, 2012, n°2, pp. 283-285, chron. J-P. MARGUENAUD ; *JCP G.*, 2011, n°47, 1291, obs. C. PICHERAL ; *JCP G.*, 2012, n°4, doct. 87, chron. F. SUDRE.

¹⁸⁸⁴ Cour EDH, 12 avril 2012, *Stübing c. Allemagne*, req. n°43547/08 ; *RTD Civ.*, 2012, p. 285, obs. J-P MARGUENAUD.

¹⁸⁸⁵ Cour EDH, Gde ch., 3 novembre 2011, *S.H. et autres c. Autriche*, *op. cit.*, § 90 et Cour EDH, 12 avril 2012, *Stübing c. Allemagne*, *op. cit.*, § 57.

¹⁸⁸⁶ Cour EDH, Gde ch., 3 novembre 2011, *S.H. et autres c. Autriche*, *op. cit.*, § 94 et Cour EDH, 12 avril 2012, *Stübing c. Allemagne*, *op. cit.*, § 60.

¹⁸⁸⁷ Voir *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, § 1, A.

¹⁸⁸⁸ Cour EDH, déc., 3 octobre 2006, *Palusinski c. Pologne*, req. n°62414/00, Rec. 2006-XIV.

¹⁸⁸⁹ Voir, en ce sens, Cour EDH, Gde ch., 9 juillet 2013, *Sindicatul "Pastorul Cel Bun" c. Roumanie*, req. n°2330/09, Rec. 2013, §§ 158 -159 ; *JCP G.*, 2013, n°36, 919, veille G. GONZALEZ et Cour EDH, Gde ch., 12 juin 2014, *Fernández Martínez c. Espagne*, req. n°56030/07, §§ 122, 140 et 151 ; *JCP G.*, 2014, n°28, doct. 832, chron. F. SUDRE.

de prudence et confirme le rôle toutefois déterminant de la convergence des critères du but et du domaine.

*
* *

539. Au terme de l'analyse d'une appréciation minimale des buts légitimes poursuivis, il est possible de conclure que la contrainte, pesant sur les Etats membres au titre de la condition de légitimité, est des plus limitées. En effet, la Cour observe une telle retenue et s'avère si compréhensive à l'égard des autorités nationales, quant à la mise en compatibilité des obligations conventionnelles avec les politiques publiques nationales que seuls un défaut manifeste de but ou un détournement de pouvoirs, semblent finalement de nature à être sanctionnés¹⁸⁹⁰. Puisque la Cour opère quasi-systématiquement un contrôle laconique des motifs de restriction et confère ainsi à l'Etat membre, une large marge de manœuvre pour apprécier le contenu de ces motifs, le critère du but ne serait donc pas, en lui-même, déterminant d'une application du principe de subsidiarité.

540. Toutefois, il apparaît que la réserve du juge est particulièrement accentuée selon *la nature* du but invoqué – notamment lorsque sont en cause des motifs de restriction propres à protéger l'environnement ou la morale publique – d'autant plus s'il existe une correspondance du critère du but et de celui du domaine. Mais cette convergence des facteurs, bien qu'accentuant la prise en compte de la subsidiarité lorsque certains types de but légitimes sont en cause, confirme, avant tout, l'importance du critère du domaine, semblant ainsi se dessiner comme le critère principal d'application de la subsidiarité matérielle. En d'autres termes, la nature du but légitime joue, certes, un rôle consolidateur dans la mise en œuvre du principe mais reste néanmoins un critère secondaire vis-à-vis du critère prépondérant du domaine, comme l'illustre la particulière retenue du juge dans les domaines sensibles.

¹⁸⁹⁰ Voir, en ce sens, l'article 18 de la Convention européenne des droits de l'homme qui stipule que « *les restrictions qui, aux termes de la présente Convention, sont apportées auxdits droits et libertés ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues* » ainsi que l'affaire Cour EDH, 19 mai 2004, *Goussinski c. Russie*, req. n°70276/01, Rec. 2004-IV ; *RDP*, 2005, n°3, p. 764, note G. GONZALEZ, à titre d'exemple d'application de l'article 18.

SECTION 2 : UNE RETENUE JUDICIAIRE DANS LES DOMAINES SENSIBLES, SOURCE D'UNE VALORISATION DU CRITÈRE PRINCIPAL DU DOMAINE

541. Au-delà des variations de la subsidiarité en fonction du stade du contrôle, l'application du principe fluctue, également, en fonction de l'objet du litige. En effet, il apparaît que la Cour opère une retenue particulière dans les affaires ayant trait à des questions dites « sensibles », d'où notre hypothèse de recherche selon laquelle le domaine de l'affaire se présenterait désormais¹⁸⁹¹ comme le critère principal d'application du principe en droit européen¹⁸⁹².

542. Deux précisions liminaires doivent être en ce sens apportées, l'une tenant à la notion de « domaine », l'autre à l'identification de ces domaines dits « sensibles ».

Tout d'abord, par critère du domaine, sera entendu le critère *du contexte ou de la thématique* du contentieux en jeu ou, plus précisément, de la mesure ou de l'abstention litigieuse en cause. Toutes confusions avec les notions de domaine, au sens de nature du droit, d'articles invoqués, ou de nature du discours en ce qui concerne le terrain de la liberté d'expression etc. – bien que jouant un rôle incident dans la reconnaissance ou l'exclusion du principe de subsidiarité – devront donc être écartées.

Ensuite, deux grandes thématiques peuvent être, à notre sens, identifiées comme composantes des « domaines sensibles » et comme justifiant l'autolimitation du juge, à savoir d'une part, celle des questions majeures de société sur lesquelles la Cour s'efface afin de ne pas avoir à arbitrer un contentieux délicat aux enjeux politiques et sociaux variés. Si la Cour a

¹⁸⁹¹ Si ce critère a déjà fait l'objet d'analyses, c'est surtout au regard de son caractère « complexe » que ce dernier avait été identifié. La thèse de doctorat de P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme: essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005 souligne, par exemple, que « la complexité du domaine d'intervention étatique, au côté de celui du consensus, [...] justifi[e] l'autolimitation de la Cour européenne » (p. 409) notamment lorsque sont en cause les politiques publiques économiques et sociales de l'Etat membre (Voir, par exemple, Cour EDH, Gde ch., 12 avril 2006, *Stec et al. c. Royaume-Uni*, req. n°65731/01 et al., Rec. 2006-XI ; *JDI*, 2007, n°2, pp. 729-730, note M. EUDES). L'auteur, gêné par l'inconstance de ce critère, concluait néanmoins que « si la consécration d'une marge d'appréciation fondée sur la complexité de la matière il y a, c'est en grande partie parce que la Cour européenne fait le choix de relever cet argument » (p. 413) plutôt qu'un autre. Dix ans plus tard, il nous semble que ce phénomène d'autolimitation judiciaire dans les domaines sensibles s'est visiblement confirmé et renforcé, si bien que le domaine de l'affaire ou domaine d'intervention du juge apparaît – selon nous – désormais comme le critère principal d'application de la subsidiarité.

¹⁸⁹² Cette hypothèse donnera également lieu à publication dans le cadre d'un travail collectif, mené au sein de l'IDEDH (Université de Montpellier) par G. GONZALEZ et intitulé *Subsidiarité et expansion de l'office du juge européen des droits de l'homme*.

toujours fait preuve de réserve sur ces questions de sociétés, dès lors que l'Etat membre est généralement mieux placé qu'elle pour intervenir, une accentuation de l'application de la subsidiarité dans ces matières, nous semble néanmoins ressortir de la jurisprudence contemporaine. Le Professeur Frédéric SUDRE confirme d'ailleurs, que « *la retenue interprétative [...] semble bien être désormais de mise dès lors que sont en jeu les questions de société, soulevant de difficiles interrogations d'ordre moral, éthique ou culturel* »¹⁸⁹³ tandis que le Professeur Baptiste BONNET s'inquiète du « *refus de la Cour de se prononcer sur les grandes questions de société* »¹⁸⁹⁴. D'autre part, le domaine des activités de nature régaliennne, telles que la gestion des espaces publics ou des politiques publiques économiques et sociales, les domaines ayant trait à l'organisation et au fonctionnement du système étatique et qui relèvent traditionnellement de la compétence des Etats membres, nous semble être la deuxième composante de ces « domaines sensibles ». Notons que parmi ces matières (i.e. questions de société et compétences régaliennes), le critère du domaine est souvent corroboré par une absence de consensus qui amplifie l'autolimitation du juge. Toutefois, au vu de l'inconstance de ce paramètre, il nous semble que le domaine de l'affaire soit le critère *prédominant* qui irrigue le contrôle de la Cour. Par ailleurs, et contrairement au critère du consensus, dont l'influence se situe pour l'essentiel au stade de la détermination de la marge et donc de la proportionnalité de la mesure, le critère du domaine présente des potentialités plus larges pouvant tout aussi bien jouer au stade de l'applicabilité¹⁸⁹⁵ que de l'application du droit¹⁸⁹⁶.

543. Toutefois, d'autres critères peuvent évidemment influencer sur l'application ou l'exclusion du principe de subsidiarité, en sus de ceux de la nature du but légitime invoqué, du consensus et du domaine, à l'exemple de la nature du droit invoqué ou – sur le terrain de l'article 14 spécifiquement – du motif de distinction en cause.

En effet, on ne peut ignorer d'une part, que la nature du droit a une influence évidente sur la reconnaissance et les variations de la marge d'appréciation¹⁸⁹⁷. Mais le critère de

¹⁸⁹³ F. SUDRE, « Le recadrage de l'office du juge européen », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, édition Nemesis, Anthemis, 2014, p. 241.

¹⁸⁹⁴ B. BONNET, « Compatibilité de la circulaire du recteur interdisant aux étudiantes de porter le foulard islamique à l'université d'Istanbul avec l'article 9 de la Convention EDH », *JCP G.*, n°5, 2005, II 10016.

¹⁸⁹⁵ Voir, en ce sens, Cour EDH, Gde ch., 15 mars 2012, *Austin et autres c. Royaume-Uni*, req. n°39692/09 et al., Rec. 2012 ; *JCP G.*, 2012, n°15, 455, obs. F. SUDRE ; *JDI*, 2013, n°4, pp. 1229-1233, note A. SCHILL.

¹⁸⁹⁶ Cour EDH, Gde ch., 16 décembre 2010, *A, B et C c. Irlande*, req. n°25579/05 ; *JCP G.*, 2011, n°3, 58, obs. M. LEVINET ; *JCP G.*, 2011, n°4, doct. 94, chron. F. SUDRE ; *Constitutions*, 2011, p. 213, E. DUBOUT.

¹⁸⁹⁷ De jurisprudence constante, la marge d'appréciation de l'Etat sera d'autant plus large – et le contrôle européen plus souple – que l'ingérence portera sur des droits techniques et complexes (problème de concurrence

l'indérogeabilité du droit n'est toutefois pas, à lui seul, déterminant d'une exclusion de la subsidiarité, la Cour européenne n'hésitant pas à faire preuve de retenue, lorsque les articles 2¹⁸⁹⁸ ou 4¹⁸⁹⁹ de la Convention sont en cause. En d'autres termes, le régime initial ou la nature du droit influe sur l'étendue du contrôle du juge mais ne sont pas décisifs des applications du principe de subsidiarité.

D'autre part, il semblerait que sur le terrain spécifique de l'article 14 – principe matriciel de la Convention européenne¹⁹⁰⁰ – l'anéantissement de la subsidiarité soit essentiellement guidé par la nature du motif de distinction¹⁹⁰¹. Deux hypothèses semblent en effet se présenter. Si le motif de distinction est traditionnellement jugé inacceptable par la Cour, à l'exemple du motif fondé sur le sexe ou la race, sa seule présence suffit pour réduire la marge d'appréciation de l'Etat membre et conclure à une violation de la Convention¹⁹⁰². Le contrôle de la proportionnalité de l'ingérence semble en effet prédéterminé puisque, selon la Cour, « *les différences motivées uniquement par des considérations tenant à l'orientation sexuelle*

déloyale ou de politique urbanistique à l'exemple de l'affaire Cour EDH, 23 septembre 1982, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, req. n°7151/75, série A n°52 ; *GACEDH*, n°67 ; *JDI*, 1985, p. 205, obs. V. COUSSIRAT-COUSTERE notamment). La marge d'appréciation sera par contre plus réduite – et donc le contrôle européen plus strict – dès lors que l'ingérence interférera avec la sphère d'intimité de la personne (droit d'avoir des relations homosexuelles (Cour EDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, req. n°7525/76, série A n°45 ; *GACEDH*, n°48) / droit parental de visite (Cour EDH, 9 juin 1988, *B c. Royaume-Uni*, req. n°9840/82, série A n°136-D) ou avec un droit particulièrement caractéristique de la société démocratique tel que la liberté de la presse notamment (Cour EDH, 23 avril 1992, *Castells c. Espagne*, req. n°11798/85, série A n°236)).

¹⁸⁹⁸ Cour EDH, Gde ch., 24 mars 2011, *Giuliani et Gaggio c. Italie*, req. n°23458/02 ; *JCP G.*, 2011, n°16, p. 753, note G. GONZALEZ.

¹⁸⁹⁹ Cour EDH, Gde ch., 7 juillet 2011, *Stummer c. Autriche*, req. n°37452/02, Rec. 2011 ; *JCP G.*, n°4, 2012, doctr. 87, chron. F. SUDRE.

¹⁹⁰⁰ Cour EDH, 21 juillet 2005, *Strain et al. c. Roumanie*, req. n°57001/00, Rec. 2005-VII, § 59.

¹⁹⁰¹ Pour une analyse approfondie, voir en ce sens les travaux à paraître du Groupe de recherche de l'IDEDH portant sur *Subsidiarité et expansion de l'office du juge européen des droits de l'homme* et dirigé par le Professeur G. GONZALEZ.

¹⁹⁰² C'est notamment ce qu'il ressort des affaires Konstantin Markin contre Russie (Cour EDH, Gde ch., 22 mars 2012, *Konstantin Markin c. Russie*, req. n°30078/06 ; *JCP G.*, 2012, n°35, pp. 1531-1537, chron. F. SUDRE) s'agissant du refus d'octroyer une allocation de congé parental aux militaires de sexe masculin ; *X. et autres c. Autriche* (Cour EDH, Gde ch., 19 février 2013, *X. et autres c. Autriche*, req. n°19010/07 ; *JCP G.*, 2013, n°29, doctr. 855, chron. F. SUDRE ; *RTD Civ.*, 2013, n°2, pp. 329-333, note J-P. MARGUENAUD) s'agissant de l'exclusion des couples de même sexe du champ de l'adoption coparentale ou encore *Vallianatos et autres contre Grèce* (Cour EDH, Gde ch., 7 novembre 2013, *Vallianatos et autres c. Grèce*, req. n°29381/09 32684/09, Rec. 2013, § 77 ; *JCP G.*, 2013, n°49, p. 2219, comm. F. SUDRE) traitant de l'exclusion des couples homosexuels du « pacte de vie commune » instauré par la Grèce. Dans ces trois affaires où était en cause une différence de traitement fondée sur le sexe, la Cour opère un contrôle rigoureux de l'ingérence et vient sensiblement réduire la marge d'appréciation des Etats membres en raison de la nature du motif en cause. Elle n'a de cesse d'insister sur « l'importance fondamentale que revêt la prohibition de la discrimination fondée sur le sexe » (Cour EDH, Gde ch., 22 mars 2012, *Konstantin Markin c. Russie*, req. n°30078/06, § 150) et se refuse catégoriquement à encourager les « stéréotypes liés au sexe » du même ordre que « des stéréotypes fondés sur la race, l'origine, la couleur ou l'orientation sexuelle » (Cour EDH, Gde ch., 22 mars 2012, *Konstantin Markin c. Russie*, req. n°30078/06, § 143).

*[sont] inacceptables au regard de la Convention »*¹⁹⁰³. A l'inverse, si le motif peut être jugé acceptable, la Cour viendra prendre en compte d'autres éléments dont le critère du domaine pour décider de l'ampleur de la marge d'appréciation à accorder à l'Etat membre, à l'exemple des affaires *Stummer contre Autriche*¹⁹⁰⁴, *Serife Yiğit contre Turquie*¹⁹⁰⁵, *Carson et autres contre Royaume-Uni*¹⁹⁰⁶ ou encore *Chabauty contre France*¹⁹⁰⁷, dans lesquelles la combinaison du motif de distinction acceptable et du domaine concerné – en lien avec les politiques publiques, économique, sociale, fiscale voire même pénale – conduit la Cour à une acceptation de l'autonomie des Etats. La retenue du juge peut être enfin accentuée lorsque le litige porte sur la conciliation de deux articles¹⁹⁰⁸ ou deux droits¹⁹⁰⁹, entrant en conflit.

544. Cela étant, le critère prépondérant n'en reste pas moins, selon nous, celui du domaine de l'affaire, la démarche scientifique adoptée consistant alors à rechercher les domaines phares d'application de la subsidiarité, sur la base d'une jurisprudence récente de la Grande chambre essentiellement et dans laquelle la Cour européenne fait preuve d'une reconnaissance – implicite ou explicite – du principe de subsidiarité. En effet, face à l'impossibilité de réaliser une analyse systématique de la jurisprudence européenne, le champ d'étude sera délibérément limité à la jurisprudence de la Grande chambre¹⁹¹⁰ – davantage représentative de la politique jurisprudentielle européenne – émise depuis les années 2010, date des débuts d'une réaffirmation du principe de subsidiarité¹⁹¹¹. Toute généralisation restera néanmoins dangereuse dans la mesure où d'une part, l'échantillon jurisprudentiel reste

¹⁹⁰³ Cour EDH, Gde ch., 7 novembre 2013, *Vallianatos et autres c. Grèce*, *op. cit.*, § 77 et Cour EDH, Gde ch., 19 février 2013, *X. et autres c. Autriche*, *op. cit.*, § 99. Dans l'affaire *Vallianatos et autres contre Grèce*, l'absence de consensus – contrecarré par une tendance néanmoins claire – ne sera d'ailleurs pas de nature à élargir la marge d'appréciation de l'Etat membre qui se voit, au contraire, sensiblement réduite du fait de la discrimination en cause. Si le critère du consensus n'est plus déterminant d'une reconnaissance ou exclusion de la subsidiarité face à des cas de discriminations, le critère du motif est à l'inverse un facteur à prendre à compte dans la détermination de l'application de la subsidiarité.

¹⁹⁰⁴ Cour EDH, Gde ch., 7 juillet 2011, *Stummer c. Autriche*, *op. cit.*

¹⁹⁰⁵ Cour EDH, Gde ch., 2 novembre 2010, *Serife Yiğit c. Turquie*, req. n°3976/05 ; *JCP G.*, 2010, n°48, 1184, obs. G. GONZALEZ.

¹⁹⁰⁶ Cour EDH, Gde ch., 16 mars 2010, *Carson et autres c. Royaume-Uni*, req. n°42184/05, Rec. 2010 ; *JCP G.*, 2010, n°35, doct. 859, chron. F. SUDRE.

¹⁹⁰⁷ Cour EDH, Gde ch., 4 octobre 2012, *Chabauty c. France*, req. n°57412/08 ; *JCP G.*, 2012, n°50, 1351, note H. SURREL ; *JCP G.*, 2013, n°3, doct. 64, chron. F. SUDRE.

¹⁹⁰⁸ Voir, par exemple, Cour EDH, 20 septembre 1994, *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, req. n°13470/87, série A n°295-A, § 50 ; *RTDH*, 1995, n°23, pp. 401-415, comm. F. RIGAUX ; *RUDH*, 1994, n°12, pp. 441-449, comm. P. WACHSMANN.

¹⁹⁰⁹ Voir, par exemple, Cour EDH, Gde ch., 10 avril 2007, *Evans c. Royaume-Uni*, req. n°6339/05, Rec. 2004, §§ 77, 81 et 92 ; *RTD Civ.*, 2007, n°2, pp. 295-297, note J-P. MARGUENAUD.

¹⁹¹⁰ Cette analyse systématique des arrêts de Grande chambre se verra toutefois ponctuellement renforcée par des références aux arrêts de Chambre ou à des arrêts antérieurs à 2010.

¹⁹¹¹ Date de la Conférence d'Interlaken des 18-19 février 2010.

réduit et d'autre part, la tendance à la retenue judiciaire n'est pas systématiquement linéaire en matière de domaines sensibles¹⁹¹². Toutefois, elle se présentera comme une étude prospective et permettra d'esquisser – à notre sens – les nouvelles tendances de la jurisprudence européenne.

545. Cette analyse permettra, ainsi, de confirmer d'une part, que le domaine est bien le critère principal d'application du principe et d'identifier d'autre part, les déclinaisons matérielles de ce critère. Elle nous permettra enfin de souligner la transversalité du critère du domaine, qui ne se limite pas à celui, attendu, des valeurs morales ou sociétales (§. 1) mais s'étend également à d'autres champs comme celui, confirmé, des activités et autres compétences de nature régaliennne (§. 2).

§1- Le critère décisif du domaine des valeurs morales et sociétales

546. De longue date, « *la Cour [...], consciente que sa position de juridiction internationale appelée à développer le droit dans un domaine sensible nécessite une certaine prudence, n'exercera pas à plein son pouvoir de vérifier si les États ont observé leurs engagements au titre de la Convention* »¹⁹¹³. Toutefois, lorsqu'elle se voit confrontée à des questions d'ordre moral ou éthique, c'est désormais un recul frôlant davantage le « *déni de justice* »¹⁹¹⁴ plus que la retenue judiciaire normale qui se doit d'être remarqué. En effet, la Cour choisit très souvent de ne pas prendre position sur les questions sensibles de société, en se retranchant alors derrière la liberté – souvent exagérée – des Etats membres¹⁹¹⁵. Elle se refuse donc à exercer une lecture traditionnellement dynamique et évolutive et ce, bien que restant « *appelée à développer le droit* » selon les termes du juge MARTENS, la jurisprudence européenne semblant donc figée. Or, dans le contentieux des valeurs morales et sociétales, c'est bien la nature du domaine – coïncidant le plus souvent avec celui du but

¹⁹¹² Voir, par exemple, Cour EDH, Gde ch., 7 novembre 2013, *Vallianatos et autres c. Grèce*, *op. cit.*, où sur le terrain du principe matriciel de non-discrimination, le critère du domaine s'est largement vu pondérer par celui de la nature du motif de distinction.

¹⁹¹³ Opinion dissidente du juge MARTENS sous l'arrêt Cour EDH, 27 septembre 1990, *Cossey c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, (souligné par nous).

¹⁹¹⁴ J-P. COSTA, « Intervention introductive » devant le Conseil d'Etat, lors de la conférence sur *Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme*, Paris, le 19 avril 2010 affirme que la « *retenue absolue ou excessive de la Cour quant à l'appréciation des éléments de faits et à la pertinence de la décision de la juridiction interne confinerait au déni de justice* ».

¹⁹¹⁵ Voir en ce sens, B. PASTRE-BELDA, « La Cour européenne des droits de l'homme – Entre promotion de la subsidiarité et protection effective des droits », *RTDH*, 2013, n°94, p. 271.

légitime de protection de la morale¹⁹¹⁶ – qui semble imposer au juge cette réserve singulière. C'est également elle qui le conduit à constater – ou postuler – une absence de consensus, « *le volontarisme ou, à l'inverse, la timidité [du juge] dans le maniement de [ce consensus étant souvent lui-même] indexé sur la sensibilité des enjeux traités* »¹⁹¹⁷. Dans la majorité des affaires concernées, la Cour européenne relèvera, en effet, un défaut de consensus et une marge d'appréciation par conséquent étendue, afin de justifier l'application implicite ou explicite du principe de subsidiarité. Mais en tant que critère instrumentalisé et donc neutralisé, l'élément consensuel ne pèse toutefois pas lourd dans la détermination de la teneur du contrôle européen, à l'inverse du critère décisif du domaine. Le poids déterminant de ce critère du domaine des valeurs morales et sociétales dans l'application d'une subsidiarité, est d'ailleurs particulièrement visible lorsque sont en cause des affaires ayant trait au domaine de la bioéthique et des mœurs (A) ou encore, à celui des rapports de l'Eglise avec l'Etat ou, plus généralement, de sa place dans la société (B).

A- Le domaine « novateur » de la bioéthique et des mœurs

547. Au travers du domaine de la bioéthique et des mœurs, c'est évidemment la protection de la morale qui est en tout premier lieu visée, morale qui se présente à la fois comme un but légitime et un domaine dans lequel la Cour fait désormais preuve de prudence et de compréhension. Le domaine de la bioéthique et des mœurs et plus globalement de la morale, englobe lui-même des domaines ou thématiques plus spécifiques comme ceux de l'avortement ou de l'euthanasie, devant alors être identifiés comme justifiant une application renforcée de la subsidiarité. En d'autres termes, le domaine de la bioéthique et des mœurs, et à travers lui de la morale publique, apparaît donc décisif dans la reconnaissance d'une subsidiarité. Ce domaine peut être par ailleurs qualifié de « novateur », dans la mesure où l'article 8 – visant à protéger la vie privée et familiale et très généralement invoqué dans les affaires relevant du domaine en cause – « *a [pourtant] été le siège principal de l'interprétation progressiste de la Convention et du mouvement d'hypertrophie des droits*

¹⁹¹⁶ Voir *supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, § 3, B.

¹⁹¹⁷ N. HERVIEU, « Recul de la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme sur les techniques de procréation médicalement assistée (PMA) », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 6 novembre 2011 (souligné par nous).

individuels qui l'accompagne »¹⁹¹⁸. Or, aujourd'hui, c'est un très net mouvement de recul qui se manifeste en la matière¹⁹¹⁹.

548. Par ailleurs, si de jurisprudence constante, la Cour européenne affirme devoir faire preuve de réserve et octroyer par conséquent à l'Etat membre une marge d'appréciation relativement large lorsque sont en cause des domaines dits « sensibles », elle doit également faire preuve de volontarisme pour offrir une protection accrue des domaines relevant de la sphère d'intimité de la personne et appelant donc une réduction de la marge nationale d'appréciation¹⁹²⁰. Pourtant, lorsque les domaines de l'avortement (1), de l'euthanasie (2), du mariage ou de l'adoption, entre personnes de même sexe (3), ou encore de la procréation médicalement assistée (4) sont en jeu – et bien que relevant directement de la sphère d'intimité de la personne – la Cour fait implicitement ou explicitement appel au principe de subsidiarité, pour conférer à l'Etat membre une marge d'appréciation étendue.

1- Le domaine de l'avortement

549. Dans le domaine de l'avortement ou de l'interruption volontaire/thérapeutique de grossesse, la Cour européenne se montre particulièrement frileuse et préfère donc reconnaître aux Etats membres une certaine subsidiarité-liberté. Si la question d'un éventuel consensus, permettant de déterminer l'étendue de la marge nationale d'appréciation, n'a pas toujours été très claire en la matière, il semble pourtant évident que seul le critère du domaine est doté d'un poids véritable dans la reconnaissance d'une subsidiarité. L'affaire A, B et C contre Irlande est à ce titre particulièrement illustrative de la prise en compte par la Cour du domaine en cause qui, de par sa sensibilité, l'invite à faire preuve de réserve. Rappelons que dans cette affaire, le contrôle de la Cour est d'autant plus timoré qu'elle neutralise le consensus expressément constaté, pour conférer une marge d'appréciation étendue à l'Irlande. Elle justifie toutefois son raisonnement par la mise en « balance » du consensus existant sur le

¹⁹¹⁸ F. SUDRE, « Le recadrage de l'office du juge européen », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, édition Nemesis, Anthemis, 2014, p. 245.

¹⁹¹⁹ Voir, par exemple, B. PASTRE-BELDA, « La Cour européenne des droits de l'homme – Entre promotion de la subsidiarité et protection effective des droits », *op. cit.*, p. 256 qui affirme que la Cour européenne « se retranch[ant] derrière la marge d'appréciation des Etats et abandonn[ant] toutes velléités d'étendre le champ d'application des droits ou leurs conditions d'exercice ».

¹⁹²⁰ Cour EDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, req. n°7525/76, série A n°45, § 52 ; *GACEDH*, n°48 ; Cour EDH, Gde ch., 10 avril 2007, *Evans c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 77 ; Cour EDH, Gde ch., 12 juin 2014, *Fernández Martínez c. Espagne*, req. n°56030/07, § 125 ; *JCP G.*, 2014, n°28, doct. 832, chron. F. SUDRE.

droit d'accès à l'avortement, avec l'absence de consensus sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie, le point de départ du droit à la vie relevant donc de la liberté des Etats. Ce raisonnement semblait toutefois orienté d'avance, la retenue judiciaire se justifiant avant tout et selon les propres mots de la Cour, au regard de « *la sensibilité et complexité de la question de l'extension des motifs légaux d'avortement en Irlande* »¹⁹²¹. Même lorsqu'elle réalise son interprétation consensuelle, la Cour insiste sur le caractère ample de la marge nationale d'appréciation, « *en particulier lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates* »¹⁹²². Si la Cour choisit donc de faire primer l'absence de consensus sur la définition de la vie, c'est parce qu'elle ne souhaite pas avoir à déterminer le point de départ du droit à la vie, ou encore à définir avec plus de précision la notion de morale. Cette affaire montre bien que l'élément consensuel n'est plus le critère déterminant de la reconnaissance d'une subsidiarité, *a contrario* du critère du domaine, la Cour affirmant très clairement que c'est en raison de « *l'extrême sensibilité des questions morales et éthiques et de l'importance de l'intérêt général en jeu [...qu'] il y a lieu d'accorder [...] à l'Etat irlandais une ample marge d'appréciation* »¹⁹²³. Comme le souligne l'opinion en partie dissidente, la « *Cour fait fi de l'existence d'un consensus européen au nom de "valeurs morales profondes"* »¹⁹²⁴, si bien que le critère du domaine prend alors le pas sur celui du consensus. Notons, toutefois, que si la Cour neutralise le dénominateur commun afin de valoriser la liberté de l'Etat, c'est également au regard de la synergie des critères du but de protection de la morale et du domaine éminemment sensible que sous-tend, en l'espèce, la question de l'avortement¹⁹²⁵.

550. L'importance du critère du domaine dans la reconnaissance d'une subsidiarité, se préfigurait déjà dans la décision H. contre Norvège du 19 mai 1992¹⁹²⁶ ou la jurisprudence Vo contre France du 8 juillet 2004¹⁹²⁷ qui peuvent être citées comme s'inscrivant dans la lignée

¹⁹²¹ Cour EDH, Gde ch., 16 décembre 2010, *A, B et C c. Irlande*, req. n°25579/05, § 225 ; *JCP G.*, 2011, n°3, 58, obs. M. LEVINET ; *JCP G.*, 2011, n°4, doct. 94, chron. F. SUDRE ; *Constitutions*, 2011, p. 213, E. DUBOUT.

¹⁹²² *Ibid.*, § 232.

¹⁹²³ *Ibid.*, § 233.

¹⁹²⁴ *Ibid.*, § 9.

¹⁹²⁵ Voir *supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, section 1, § 3, B.

¹⁹²⁶ Com. EDH, déc., 19 mai 1992, *H. c. Norvège*, req. n°17004/90, D.R. n°73, p. 155. La Commission avait également relevé que « *dans un domaine aussi délicat, les Etats doivent jouir d'un certain pouvoir discrétionnaire* » pour ainsi conclure qu'elle « *n'estime pas que l'Etat défendeur ait dépassé le pouvoir discrétionnaire qu'elle estime être le sien dans le domaine délicat de l'avortement* » (souligné par nous).

¹⁹²⁷ Cour EDH, Gde ch., 8 juillet 2004, *Vo c. France*, req. n°53924/00 ; *GACEDH*, n°10 ; *JCP G.*, 2004, n°42, II 10158, comm. M. LEVINET. Bien que l'extension de la marge d'appréciation soit essentiellement tirée du constat d'une absence de consensus sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie (§§ 82 et 84), cela n'empêche pas la Cour d'affirmer que ce « *point de départ du droit à la vie relève de la marge nationale*

d'une retenue judiciaire motivée par le critère du domaine de l'avortement. Une telle influence du critère du domaine, dans l'application d'une subsidiarité, est également perceptible lorsque sont en cause des affaires ayant trait au domaine de l'euthanasie.

2- Le domaine de l'euthanasie ou du suicide assisté

551. S'agissant du poids du critère du domaine en matière d'euthanasie ou de suicide assisté, l'affaire Koch contre Allemagne du 19 juillet 2012¹⁹²⁸ – portant sur la question délicate d'un refus des juridictions nationales d'examiner au fond le grief relatif au refus d'accorder à la défunte épouse du requérant l'autorisation d'obtenir une dose létale de pentobarbital sodique – atteste notamment de la volonté de la Cour de ne pas avoir à statuer sur le fond. Bien que concluant à une violation de l'article 8 sur son volet procédural, la Cour vient renoncer à exercer tout contrôle au fond sur le volet substantiel de cet article. Elle ne se gêne d'ailleurs pas pour rappeler qu'elle exerce « *son contrôle dans le respect du principe de subsidiarité* »¹⁹²⁹ et que « *ce principe est d'autant plus pertinent que le grief concerne une question pour laquelle les États jouissent d'une importante marge d'appréciation* »¹⁹³⁰ ! Si le juge se sert de l'absence de consensus pour renforcer son analyse¹⁹³¹, c'est avant tout « *eu égard au principe de subsidiarité* »¹⁹³² – dont l'application semble découler de la nature du domaine en jeu – que « *la Cour estime qu'il appartenait avant tout aux juridictions internes d'examiner le fond de la demande du requérant* »¹⁹³³. Comme le souligne le Professeur Frédéric SUDRE, « *la Cour affirme la pertinence particulière du principe dans les domaines où les États jouissent d'une large marge d'appréciation ; tel est le cas en matière d'assistance au suicide* »¹⁹³⁴. Par ce refus du juge de contrôler le grief substantiel au fond, la Cour européenne concède à l'Etat membre une liberté excessivement valorisée. Cette affaire – intervenue à la suite des affaires Haas contre Suisse du 20 janvier 2001¹⁹³⁵ mais aussi Pretty

d'appréciation des Etats dont la Cour tend à considérer qu'elle doit leur être reconnue dans ce domaine » (§ 82 souligné par nous).

¹⁹²⁸ Cour EDH, 19 juillet 2012, *Koch c. Allemagne*, req. n°497/09 ; *JCP G.*, 2012, n°35, p. 1516, note M. AFROUKH.

¹⁹²⁹ *Ibid.*, § 69.

¹⁹³⁰ *Ibid.*, § 70 (souligné par nous).

¹⁹³¹ *Ibid.*

¹⁹³² *Ibid.*, § 71.

¹⁹³³ *Ibid.*

¹⁹³⁴ F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G.*, 2013, n°3, doctr. 64.

¹⁹³⁵ Cour EDH, 20 janvier 2011, *Haas c. Suisse*, req. n°31322/07 ; *JCP G.*, 2011, n°35, pp. 1506-1512, chron. F. SUDRE. La Cour estime que, « *eu égard à la marge d'appréciation dont disposent dans ce domaine les*

contre Royaume-Uni du 29 avril 2002¹⁹³⁶ et Ada Rossi et autres contre Italie du 16 décembre 2008¹⁹³⁷ par exemple – confirme avec éclat que les questions délicates de société, parce qu'elles doivent être laissées à l'appréciation du législateur national¹⁹³⁸, appellent une application renforcée du principe de subsidiarité.

552. L'arrêt de Grande chambre, Lambert et autres contre France du 5 juin 2015¹⁹³⁹, corrobore également le constat d'une subsidiarité dans les domaines qui touchent à la fin de vie. Malgré la particularité de l'affaire – dans laquelle les requérants, proches parents de la victime, ne revendiquaient pas un droit à mourir dans la dignité mais considéraient, au contraire, que la décision médicale d'arrêt de traitement maintenant artificiellement en vie leur fils était contraire aux obligations découlant de l'article 2 de la Convention – la Cour ne démords pas de l'affirmation selon laquelle les « *questions scientifiques, juridiques et éthiques complexes portant en particulier sur le début ou la fin de la vie [...], [appellent à conférer aux Etats membres] une certaine marge d'appréciation* »¹⁹⁴⁰. Insistant par plusieurs fois sur la particularité ou complexité de « *ce domaine* »¹⁹⁴¹ dans lequel les autorités nationales ont un rôle prioritaire de premier choix¹⁹⁴², elle conclut que « *compte tenu de la marge d'appréciation dont elles disposaient* »¹⁹⁴³, il n'y a pas eu violation de la Convention. Il en va de même, s'agissant du domaine de la procréation artificielle.

3- Le domaine de la procréation artificielle

553. Dans un domaine tel que celui de la procréation artificielle qui, naturellement, « *suscite de délicates interrogations d'ordre moral et éthique* »¹⁹⁴⁴, la Cour européenne n'a de

autorités internes » (§ 61, souligné par nous), la Suisse n'a nullement méconnu son obligation positive d'adopter des mesures permettant de faciliter la commission d'un suicide dans la dignité.

¹⁹³⁶ Cour EDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, req. n°2346/02 ; *GACEDH*, n°44.

¹⁹³⁷ Cour EDH, déc., 16 décembre 2008, *Ada Rossi et autres c. Italie*, req. n°55185/08 et al.

¹⁹³⁸ F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G.*, 2013, n°3, doct. 64.

¹⁹³⁹ Cour EDH, Gde ch., 5 juin 2015, *Lambert et autres c. France*, req. n°46043/14 ; *JCP G.*, 2015, n°27, 805, note F. SUDRE ; *Revue générale de droit médical*, 2015, n°56, pp. 17-78, note G. PUPPINCK, C. DE LA HOUGUE et F. VIALLA ; *RTDH*, 2015, n°104, comm. J-M. LARRALDE.

¹⁹⁴⁰ *Ibid.*, § 144.

¹⁹⁴¹ *Ibid.*, §§ 144, 145, 148.

¹⁹⁴² *Ibid.*, § 181.

¹⁹⁴³ *Ibid.*

¹⁹⁴⁴ Voir, par exemple, Cour EDH, Gde ch., 10 avril 2007, *Evans c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 81 ; Cour EDH, Gde ch., 3 novembre 2011, *S.H. et autres c. Autriche*, req. n°57813/00, § 97 ; *RTD Civ.*, 2012, n°2, pp. 283-285, chron. J-P. MARGUENAUD ; *JCP G.*, 2011, n°47, 1291, obs. C. PICHERAL ; *JCP G.*, 2012, n°4, doct. 87, chron. F. SUDRE ; Cour EDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, req. n°65192/11, § 79 ou Cour EDH, 26 juin 2014, *Labassee c. France*, req. n°65941/11, § 58 ; *JCP G.*, 2014, n°28, 827, obs. B. PASTRE-BELDA ; *JCP G.*, 2014, n°28, doct. 832, chron. F. SUDRE.

cesse d'affirmer qu'« *il y a lieu d'accorder à l'Etat défendeur une ample marge d'appréciation* »¹⁹⁴⁵. En effet, que cela soit face à des questions de traitement par fécondation *in vitro*¹⁹⁴⁶ ou de dons de gamètes¹⁹⁴⁷ – qui revêtent « *sans conteste un caractère moralement et éthiquement délicat* »¹⁹⁴⁸ – voire même – et bien que portant sur une question quelque peu différente – de la gestation pour autrui et de la reconnaissance du lien de filiation¹⁹⁴⁹, la Cour européenne fait clairement preuve d'autolimitation.

554. L'affaire *S. H et autres contre Autriche* du 3 novembre 2011¹⁹⁵⁰ est particulièrement topique de l'impact du critère du domaine de la procréation artificielle, dans la reconnaissance et application d'une subsidiarité. Dans cet arrêt, traitant de l'interdiction d'utiliser des dons de gamètes de tiers en vue d'une PMA, la Cour européenne ne fait qu'implicitement référence au principe de subsidiarité pour justifier l'autolimitation de son contrôle, lorsqu'elle déclare ne pas avoir « *à substituer sa propre appréciation à celle des autorités nationales compétentes s'agissant de déterminer le meilleur moyen de réglementer les questions que pose la procréation artificielle* »¹⁹⁵¹ et renvoie au classique argument de proximité¹⁹⁵². Toutefois, il est évident que la Cour fait preuve d'une prudence extrême, exerçant un contrôle restreint – avec rejet du test de substitution et limitation de l'analyse au seul contrôle de la marge¹⁹⁵³ – « *peu susceptible d'éclairer les juridictions nationales* »¹⁹⁵⁴. Or, pour justifier ce contrôle et l'extension de la marge qui en découle, la Cour n'a de cesse

¹⁹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁹⁴⁶ Cour EDH, Gde ch., 10 avril 2007, *Evans c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 81.

¹⁹⁴⁷ Cour EDH, Gde ch., 3 novembre 2011, *S.H. et autres c. Autriche*, *op. cit.*

¹⁹⁴⁸ Cour EDH, Gde ch., 10 avril 2007, *Evans c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 78.

¹⁹⁴⁹ Cour EDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, *op. cit.*, et Cour EDH, 26 juin 2014, *Labassee c. France*, *op. cit.* Si l'application de la subsidiarité dans ces affaires reste limitée, dans la mesure où la Cour européenne parvient néanmoins à un constat de violation de la vie privée des requérants – non de leur vie familiale – le contrôle européen reste toutefois empreint de retenue. Si la Cour ne refuse pas d'exercer son contrôle comme elle a pu le faire dans l'affaire *Koch contre Allemagne* par exemple, c'est toutefois une position de neutralité qui est en l'espèce adoptée. La Cour souligne d'ailleurs, dès le début de son analyse, la conséquente marge d'appréciation dont les Etats membres doivent bénéficier dans un domaine tel que celui de la gestation pour autrui. Si l'absence de consensus en Europe est évidemment mise en exergue à l'appui d'une extension de la marge (*Mennesson c. France*, § 78 et *Labassee c. France*, § 57), celle d'une sensibilité de la question en jeu n'est pour autant pas passée sous silence. Une fois encore, la Cour rappelle que « *le recours à la gestation pour autrui suscite de délicates interrogations d'ordre éthique [et] confirme en outre que les États doivent en principe se voir accorder une ample marge d'appréciation* » (*Mennesson c. France*, § 79 et *Labassee c. France*, § 58), entérinant le recours à la subsidiarité dans des contentieux hautement sensibles qu'elle ne souhaite pas appréhender.

¹⁹⁵⁰ Cour EDH, Gde ch., 3 novembre 2011, *S.H. et autres c. Autriche*, *op. cit.*

¹⁹⁵¹ *Ibid.*, § 92.

¹⁹⁵² *Ibid.*, § 94.

¹⁹⁵³ *Ibid.*, § 106.

¹⁹⁵⁴ Opinion dissidente commune aux juges TULKENS, HIRVELÄ, LAZAROVA TRAJKOVSKA et TSOTSORIA dans Cour EDH, Gde ch., 3 novembre 2011, *S.H. et autres c. Autriche*, *op. cit.*

d'une part, d'insister sur la sensibilité de la question posée¹⁹⁵⁵ et impose d'autre part, la présence d'un dénominateur commun suffisamment solide et stabilisé, pour justifier une interprétation évolutive ainsi qu'une réduction de la marge d'appréciation¹⁹⁵⁶, rendant de ce fait le critère du consensus inopérant. Parce qu'elle ne souhaite pas avoir à prendre position, la Cour neutralise, en effet, l'argument du consensus qui, au vu de sa nature et existence, aurait dû la conduire à réduire la liberté d'appréciation de l'Autriche. Le vrai paramètre d'application de la subsidiarité se confirme donc comme étant celui du domaine de l'affaire puisque, en raison du caractère épineux de la question soumise¹⁹⁵⁷, la Cour reconnaît que « *les Parties contractantes bénéficient dans ce domaine [...d'une] ample marge d'appréciation* »¹⁹⁵⁸. La reconnaissance d'une subsidiarité au cas d'espèce – sous-tendue par la présence d'un domaine sensible, de nature complexe, technique et évolutive – est par ailleurs renforcée par la nature des buts légitimes invoqués, à savoir, la protection de la santé, de la morale et des droits d'autrui qui, parce qu'en lien avec le critère du domaine, contribue à consolider l'application du principe de subsidiarité¹⁹⁵⁹.

555. Cette approche se vérifie également à la lecture de l'arrêt Parrillo contre Italie du 27 Août 2015¹⁹⁶⁰. En effet, face à l'interdiction énoncée par la loi italienne de faire don d'embryons à des fins de recherche scientifique, la Cour insiste par plusieurs fois – au titre du rappel des principes dégagés par la jurisprudence et de l'application au cas d'espèce – sur le caractère moral et éthique des questions délicates soulevées dans ce domaine en évolution continue¹⁹⁶¹, le juge européen n'ayant de toute manière nullement pour tâche de se substituer aux autorités nationales dans le choix de la réglementation la plus appropriée en matière de procréation médicalement assistée¹⁹⁶². Accordant de ce fait une ample marge d'appréciation à l'État défendeur¹⁹⁶³ et limitant son contrôle au seul examen de la qualité du processus

¹⁹⁵⁵ Elle affirme, notamment, que « *le recours à la fécondation in vitro a suscité et continue de susciter de délicates interrogations d'ordre moral et éthique* » (§ 97) ou encore que dans « *un domaine aussi délicat que celui de la procréation artificielle, les préoccupations tenant à des considérations d'ordre moral ou à l'acceptabilité sociale des techniques en question doivent être prises au sérieux* » (§ 100).

¹⁹⁵⁶ Cour EDH, Gde ch., 3 novembre 2011, *S.H. et autres c. Autriche*, op. cit., § 106.

¹⁹⁵⁷ *Ibid.*, § 97 : « *le recours à la fécondation in vitro a suscité et continue de susciter de délicates interrogations d'ordre moral et éthique, [...qu'] il y a lieu d'accorder à l'Etat défendeur une ample marge d'appréciation* ».

¹⁹⁵⁸ *Ibid.*, § 100 (souligné par nous).

¹⁹⁵⁹ Voir *supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, § 3, B.

¹⁹⁶⁰ Cour EDH, Gde ch., 27 Août 2015, *Parrillo c. Italie*, req. n°46470/11 ; *JCP G.*, 2015, n°38, p. 1630, obs. A. SCHAMANECH ; *JCP G.*, 2015, n°44, pp. 1998-2002, comm. G. LOISEAU ; *GP*, 2015, n°259-260, p. 31, note C. BERLAUD.

¹⁹⁶¹ *Ibid.*, §§ 169, 173, 176.

¹⁹⁶² *Ibid.*, § 173.

¹⁹⁶³ *Ibid.*, § 175.

d'élaboration de la loi¹⁹⁶⁴, la Cour conclut donc à une non-violation de la Convention. Un dernier domaine peut être de la sorte identifié : celui du mariage ou de l'adoption entre personnes de même sexe.

4- Le domaine du mariage ou de l'adoption entre personnes de même sexe

556. Si la Cour de Strasbourg a fait preuve, dans le passé, d'un évident volontarisme face à la question sensible de la protection des droits des homosexuels¹⁹⁶⁵ – limitant la marge nationale d'appréciation alors même que le consensus n'était pas toujours avéré – cette audace tend aujourd'hui à se réduire comme une peau de chagrin, tant son interprétation dynamique et évolutive à l'égard de cette catégorie de personnes, est désormais rare. Il en va notamment, de la question du mariage ou encore de l'adoption.

557. S'agissant tout d'abord, du principe d'un droit au mariage entre personnes de même sexe, la Cour a par plusieurs fois refusé de trancher ce débat médiatisé de société dès lors que, selon une logique de subsidiarité, il revient aux seuls Etats membres de décider de ces questions.

Ainsi, dans l'affaire *Hämäläinen contre Finlande* du 16 juillet 2014, portant sur l'impossibilité d'obtenir la pleine reconnaissance du nouveau sexe sans transformer son mariage en un partenariat enregistré, la Cour réitère sa jurisprudence selon laquelle l'article 8 ne peut être compris comme imposant aux États contractants une obligation d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels. Reconnaisant d'emblée que « *la question de la réglementation des effets d'un changement de sexe sur le mariage relevait dans une large mesure [...] de l'appréciation de l'État contractant* »¹⁹⁶⁶, la Cour pose indirectement les bases de son contrôle qui, en l'espèce, nécessite une certaine diplomatie. Relevant par ailleurs l'absence litigieuse et critiquée¹⁹⁶⁷ de consensus clair sur la manière de réglementer la reconnaissance des changements de sexe, dans les cas de mariages préexistants¹⁹⁶⁸, elle reconnaît au regard du critère de l'absence de consensus, combiné à celui du domaine (i.e. « *compte tenu du fait que la présente affaire soulève indubitablement des questions*

¹⁹⁶⁴ Pour plus de détails, voir *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, § 2.

¹⁹⁶⁵ Cour EDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, req. n°7525/76, série A n°45 ; *GACEDH*, n°48.

¹⁹⁶⁶ Cour EDH, Gde ch., 16 juillet 2014, *Hämäläinen c. Finlande*, req. n°37359/09, § 71 ; *JCP G.*, 2014, n°39, 971, veille A. SCHAHMANECHE ; *AJDA*, 2014, n°31, pp. 1763-1765, chron. L. BURGORGUE-LARSEN.

¹⁹⁶⁷ Voir l'opinion dissidente commune des juges SAJÓ, KELLER et LEMMENS, § 5 sous l'affaire Cour EDH, Gde ch., 16 juillet 2014, *Hämäläinen c. Finlande*, *op. cit.*

¹⁹⁶⁸ Cour EDH, Gde ch., 16 juillet 2014, *Hämäläinen c. Finlande*, *op. cit.*, §§ 73 et 74.

morales ou éthiques délicates »¹⁹⁶⁹), que la marge d'appréciation demeure large et conclut par conséquent à la non-violation de la Convention. A l'exemple de l'affaire S. H. contre Autriche précité, notons que la Cour a volontairement choisi de privilégier l'absence de consensus clair plutôt que la « *tendance [qui] se dessine actuellement quant à la mise en œuvre de formes de reconnaissance juridique des relations entre personnes de même sexe* »¹⁹⁷⁰ et qu'elle avait enregistré, quelques mois plus tôt, dans l'affaire Vallianatos contre Grèce du 7 novembre 2013. Si le consensus est aussi fluctuant et donc visiblement peu déterminant de la retenue judiciaire du juge, il est possible d'imaginer que c'est donc le domaine de l'affaire qui a *in fine* guidé le contrôle européen.

Dans l'affaire Schalk et Kopf contre Autriche du 24 juin 2010¹⁹⁷¹, bien que n'émettant aucune référence directe au critère du domaine, à l'inverse de celui du consensus qui lui permet, en l'espèce, de réduire la marge d'appréciation de l'Etat membre, son contrôle était également empreint d'une telle retenue, malgré l'avancée néanmoins menée sur le terrain de l'applicabilité de la notion de « vie familiale ». A la lumière de la jurisprudence Hämäläinen, il est donc possible d'envisager les effets implicites du critère du domaine sur le constat de non-violation de la Convention, dès lors que « *le mariage homosexuel concerne un domaine sensible soulevant des controverses dans les champs social, politique et religieux* »¹⁹⁷². Dans une opinion séparée, émise dans l'affaire Gas et Dubois contre France, le juge COSTA confirme d'ailleurs notre sentiment. En se référant spécifiquement à l'exemple de l'affaire Schalk et Kopf, il affirme que « *la question du mariage homosexuel est un sujet de débat démocratique, dans plusieurs pays d'Europe. C'est largement pour cette raison que la Cour, dans un arrêt récent, a préféré exercer un contrôle restreint sur les choix nationaux* »¹⁹⁷³. Une nette avancée a toutefois été consacrée dans l'affaire Oliari et autres contre Italie du 21 juillet 2015 puisque la Cour fait désormais obligation aux Etats de reconnaître et protéger

¹⁹⁶⁹ *Ibid.*, § 75.

¹⁹⁷⁰ Cour EDH, Gde ch., 7 novembre 2013, *Vallianatos et autres c. Grèce*, req. n°29381/09, Rec. 2013, § 91 ; *JCP G.*, 2013, n°49, 1281, obs. F. SUDRE.

¹⁹⁷¹ Cour EDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, req. n°30141/04 ; *RTD Civ.*, 2010, p. 738, note J.-P. MARGUENAUD ; *RTD Civ.*, 2010, n°4, pp. 765-766, chron. J. HAUSER.

¹⁹⁷² *Ibid.*, § 46.

¹⁹⁷³ Opinion concordante du juge COSTA à laquelle se rallie le juge SPIELMANN sous l'affaire Cour EDH, 15 mars 2012, *Gas et Dubois c. France*, req. n°25951/07 ; *JCP G.*, 2012, n°19, 589, note A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE.

juridiquement les couples homosexuels *via* la conclusion d'union civile ou de partenariat enregistré¹⁹⁷⁴.

558. Un même constat peut être établi, s'agissant ensuite du domaine de l'adoption entre personnes de même sexe et justement de l'affaire *Gas et Dubois contre France* du 15 mars 2012¹⁹⁷⁵. Si le contentieux portait sur le rejet de l'adoption sollicitée par la première requérante de l'enfant de sa compagne, elle se distinguait toutefois de l'affaire *E.B. contre France* du 22 janvier 2008¹⁹⁷⁶, dans laquelle la Cour avait fait preuve d'un peu plus d'audace pour sanctionner le refus des autorités françaises d'accorder au requérant célibataire un agrément d'adoption au seul motif de son orientation sexuelle. Bien que le juge n'exploite pas directement l'argument tiré de la sensibilité du domaine en jeu, elle n'ignore pas, pour autant, l'impact de ce critère. La Cour rappelle en effet, au titre des principes généraux, que « *la marge d'appréciation dont jouissent les Etats [...] est d'ordinaire ample lorsqu'il s'agit de prendre des mesures d'ordre général en matière économique ou sociale* »¹⁹⁷⁷. Cela étant, le refus du juge de condamner la France pour discrimination dans la jouissance du droit au respect de la vie familiale, reste très certainement guidé par le caractère éminemment sensible de la question posée. L'opinion concordante du juge COSTA le confirme d'ailleurs, ce dernier expliquant que « *la jurisprudence admet qu'il y a des domaines dans lesquels le législateur national est mieux placé que le juge européen pour changer des institutions qui concernent la famille, les rapports entre les adultes et les enfants, la notion de mariage* »¹⁹⁷⁸, d'où la « *démarche aussi réservée dans la présente affaire* »¹⁹⁷⁹ qui touche « *à de vrais problèmes de société* »¹⁹⁸⁰. Le domaine de l'adoption – sans lien avec le sexe ou l'orientation sexuelle des personnes concernées – n'en reste pas moins un domaine traditionnel de retenue judiciaire¹⁹⁸¹.

¹⁹⁷⁴ Cour EDH, 21 juillet 2015, *Oliari et autres c. Italie*, req. n°18766/11 et al., § 174 ; *JCP G.*, 2015, n°36, 927, obs. F. SUDRE ; *Dalloz*, 2015, n°37, pp. 2160-2164, obs. H. FULCHIRON.

¹⁹⁷⁵ Cour EDH, 15 mars 2012, *Gas et Dubois c. France*, *op. cit.*

¹⁹⁷⁶ Cour EDH, Gde ch., 22 janvier 2008, *E. B. c. France*, req. n°43546/02, Rec. 2008 ; *JCP G.*, 2008, n°15, II 10071, comm. A GOUTTENOIRE et F. SUDRE.

¹⁹⁷⁷ Cour EDH, 15 mars 2012, *Gas et Dubois c. France*, *op. cit.*, § 60.

¹⁹⁷⁸ Opinion concordante du juge COSTA à laquelle se rallie le juge SPIELMANN sous l'affaire Cour EDH, 15 mars 2012, *Gas et Dubois c. France*, *op. cit.* (souligné par nous).

¹⁹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁹⁸¹ Voir, par exemple, l'affaire Cour EDH, 10 juin 2010, *Schwizgebel c. Suisse*, req. n°25762/07, Rec. 2010 ; *JCP G.*, 2010, n°25, 702, obs. B. PASTRE-BELDA ; *JCP G.*, 2010, n°35, doct. 859, chron. F. SUDRE ; *JCP G.*, 2010, n°43, 1066, note F. BOULANGER, s'agissant de la question de l'âge maximum pour une personne célibataire voulant adopter. Voir également, parmi d'autres, Cour EDH, 27 janvier 2015, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, req. n°25358/12, § 74 (*JCP G.*, 2015, n°7, 194) : « *les autorités jouissent d'une grande latitude en matière d'adoption* ».

559. Lorsque des requêtes, ayant trait au domaine de la bioéthique et des mœurs, se présentent devant le prétoire strasbourgeois, la Cour fait donc très naturellement preuve de réserve. Il est alors clair que « *les questions de société et de bioéthique qui touchent à la vie, à la mort, à la famille* »¹⁹⁸² – de plus en plus fréquentes à Strasbourg d'ailleurs – sont de nature à influencer l'application du principe de subsidiarité dès lors que, selon la Cour, les autorités nationales sont et restent les mieux placées pour apprécier et décider des besoins de la société. Elle procède ainsi lorsque principalement confrontée aux domaines de l'avortement, de l'euthanasie, de la procréation artificielle, du mariage ou de l'adoption entre personnes de même sexe, mais également dans d'autres domaines, comme celui par exemple, de la réglementation de la filiation¹⁹⁸³. Se refusant à prendre part à ces questions sensibles de société, afin de ne pas devenir le juge de quatrième instance que la Cour se targue de ne pas être, elle procède de manière identique s'agissant des questions religieuses et donne donc tout autant de poids au critère du domaine des relations Etat/religions lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre le principe de subsidiarité.

B- La permanence du domaine des relations entre l'Etat et les religions

560. Si de manière générale, la jurisprudence contemporaine en matière de liberté religieuse, révèle une nette tendance à valider les choix opérés par les Etats¹⁹⁸⁴, c'est davantage le domaine de l'arbitrage des rapports délicats entre l'Etat et les religions qui incite la Cour à la retenue judiciaire. Ce domaine d'intervention – touchant à des considérations morales et religieuses – est d'autant plus sensible et appelle une reconnaissance du principe de

¹⁹⁸² Propos tenus par l'ancien Président de la Cour, J-P. COSTA, lors de la conférence annuelle de presse de janvier 2011.

¹⁹⁸³ Voir, par exemple, Cour EDH, 22 mars 2012, *Ahrens c. Allemagne*, req. n°45071/09 et Cour EDH, 22 mars 2012, *Kautzor c. Allemagne*, req. n°23338/09 ; *JCP G.*, n°35, 2012, doctr. 924, chron. F. SUDRE ; *Droit de la famille*, 2012, n°5, comm. 81, M. BRUGGEMAN ; Cour EDH, 21 décembre 2010, *Chavdarov c. Bulgarie*, req. n°3465/03 ; Cour EDH, 9 octobre 2014, *Marinis c. Grèce*, req. n°3004/10, dans laquelle la Cour n'hésite d'ailleurs pas à instrumentaliser l'argument du consensus pour parvenir à une extension de la marge d'appréciation : Voir *supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 1, B.

¹⁹⁸⁴ B. PASTRE-BELDA, « La Cour européenne des droits de l'homme – Entre promotion de la subsidiarité et protection effective des droits », *RTDH*, 2013, n°94, p. 258.

subsidiarité, qu'il se caractérise généralement aussi par la présence d'un conflit de droits, lui aussi de nature à élargir la marge d'appréciation des Etats membres¹⁹⁸⁵.

561. S'agissant tout d'abord de la prise en compte – implicite néanmoins – du domaine de la place de l'Eglise dans la société comme paramètre d'application de la subsidiarité, l'affaire Lautsi et autres contre Italie du 18 mars 2011¹⁹⁸⁶ peut être en premier lieu examinée. Il nous semble en effet indéniable, que dans cette jurisprudence traitant du refus des autorités nationales d'interdire la présence de crucifix dans les écoles publiques, le contexte de l'affaire a été particulièrement déterminant. Si la Cour européenne ne lie pas expressément la subsidiarité de son contrôle au caractère sensible de la question en jeu, alors même que plusieurs tiers intervenants le lui demandaient¹⁹⁸⁷, la nature même du contentieux a très clairement motivé le raisonnement de la Grande chambre qui, à l'inverse de la Chambre, conclut à la non-violation de l'article 2P1 de la Convention. La Cour donne toutefois l'impression de vouloir minimiser la dimension religieuse de la question posée. En effet, concernant la signification du crucifix, elle insiste par exemple sur son aspect historique, culturel et même identitaire, correspondant davantage à une tradition et « *symbolis[ant] des principes et valeurs qui fondent la démocratie et la civilisation occidentale* »¹⁹⁸⁸. Afin de ne pas avoir à s'immiscer dans la gestion des rapports entre l'Etat et les Eglises, la Cour insiste donc par tous moyens sur l'importante marge d'appréciation dont bénéficie l'Etat en la matière. Ainsi et d'une part, « *la décision de perpétuer ou non une tradition relève en principe de la marge d'appréciation de l'Etat défendeur* »¹⁹⁸⁹ et d'autre part, « *la Cour se doit donc en principe de respecter les choix des Etats contractants dans ces domaines, y compris quant à la place qu'ils donnent à la religion* »¹⁹⁹⁰. Evidemment le contexte « religieux » n'a pas été le seul à influencer la retenue du juge, qui fait également preuve de prudence lorsque sont en cause des questions en lien avec la réglementation de l'instruction¹⁹⁹¹, cette liberté étatique étant d'autant plus grande face à la convergence de ces domaines lorsqu'il s'agit, par

¹⁹⁸⁵ Voir, par exemple, l'affaire Cour EDH, 15 janvier 2013, *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, req. n°48420/10 et al., dans laquelle la conciliation opposait la manifestation des convictions religieuses à la lutte contre l'homophobie, la Cour « *décidant donc de ne pas jouer la carte du self restreint* » (L. BURGORGUE LARSEN, « Actualité de la Convention EDH », *AJDA*, 2013 p. 1794 et suiv.)

¹⁹⁸⁶ Cour EDH, Gde ch., 18 mars 2011, *Lautsi et autres c. Italie*, req. n°30814/06 ; *JCP G.*, 2011, n°20, 601, note G. GONZALEZ.

¹⁹⁸⁷ *Ibid.*, § 49.

¹⁹⁸⁸ *Ibid.*, § 67.

¹⁹⁸⁹ *Ibid.*, § 68.

¹⁹⁹⁰ *Ibid.*, § 69 (souligné par nous).

¹⁹⁹¹ Cour EDH, 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Maden et Pedersen c. Danemark*, req. n°5095/71 et al., série A n°23, § 53 (*GACEDH*, n°58) : la Cour affirmant de longue date que « *la définition et l'aménagement du programme des études relèvent en principe de la compétence des États* ».

exemple, de décider de la place de la religion dans les programmes scolaires¹⁹⁹². Dans l'affaire Folgéro et autres contre Norvège par exemple, la Cour avait ainsi déjà reconnu que, « *eu égard à la place qu'occupe le christianisme dans l'histoire et la tradition de l'Etat défendeur, cette question [de la place de la religion dans les programmes scolaires] relevait de la marge d'appréciation* »¹⁹⁹³. Face à la diversité des traditions culturelles des Etats membres¹⁹⁹⁴ et à l'exigence prépondérante du respect du pluralisme que sous-tend le principe de subsidiarité, le juge en déduit donc que le choix de la présence de crucifix dans les écoles publiques relève de la marge d'appréciation de l'Etat défendeur¹⁹⁹⁵.

562. L'affaire S.A.S. contre France du 1^{er} juillet 2014 est également intéressante, dès lors que d'une part, elle maintient elle aussi une certaine ambiguïté s'agissant de la nature religieuse ou non du contentieux en cause et confirme d'autre part, sa volonté de respecter le principe de subsidiarité lorsqu'elle se voit confrontée à la question de la place des religions dans la société. Traitant d'une interdiction de dissimulation du visage dans l'espace public et bien qu'*a priori* rendue sur le terrain de la liberté religieuse¹⁹⁹⁶, l'affaire S.A.S. est toutefois marquée d'une certaine ambivalence. En effet, l'argumentaire de la Cour européenne s'appuie principalement sur la neutralité apparente de la loi française – loi qui se refuse d'être identifiée comme une réglementation sur le port des insignes religieux – pour écarter notamment le précédent Ahmet Arslan et autres contre Turquie¹⁹⁹⁷ et en déduire une absence de violation de la Convention. Toutefois, c'est bien au regard de la nature du contentieux et donc du critère du domaine des relations entre l'Eglise et la société – et précisément en l'espèce de la réglementation du port des insignes religieux – que cette affaire peut être identifiée comme révélatrice d'une reconnaissance de la subsidiarité. Le juge de Strasbourg use, en effet, de toute la mesure nécessaire pour éviter d'avoir à prendre position. Se référant explicitement au principe de subsidiarité et au rôle prioritaire des autorités nationales qui en

¹⁹⁹² Cour EDH, Gde ch., 18 mars 2011, *Lautsi et Autres c. Italie*, op. cit., § 69, la Cour rappelle en l'espèce que « *les Etats contractants jouissent d'une marge d'appréciation lorsqu'il s'agit de concilier l'exercice des fonctions qu'ils assument dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, et le respect du droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques* ».

¹⁹⁹³ Cour EDH, Gde ch., 29 juin 2007, *Folgéro et autres c. Norvège*, req. n°15472/02, § 71 ; RTDH, 2008, n°73, pp. 251-271, comm. G. GONZALEZ.

¹⁹⁹⁴ Cour EDH, Gde ch., 18 mars 2011, *Lautsi et Autres c. Italie*, op. cit., § 68.

¹⁹⁹⁵ *Ibid.*, § 70.

¹⁹⁹⁶ Cour EDH, Gde ch., 1 juillet 2014, *S.A.S. c. France*, req. n°43835/11, § 129 (JCP G., 2014, n°39, 974, note A. LEVADE ; JCP G., 2014, n°29, 835, libres propos B. BONNET) : « *s'agissant de l'article 9 de la Convention, qu'il convient de reconnaître à l'Etat une ample marge d'appréciation pour décider si et dans quelle mesure une restriction au droit de manifester sa religion ou ses convictions est nécessaire* ».

¹⁹⁹⁷ Cour EDH, 23 février 2010, *Ahmet Arslan et autres c. Turquie*, req. n°41135/98 ; JCP G., 2010, n°18, pp. 952-955, note G. GONZALEZ.

découle¹⁹⁹⁸, il affirme que lorsque des questions concernant « *les rapports entre l'État et les religions* » sont en jeu, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national¹⁹⁹⁹. L'impact du domaine de l'affaire est d'autant plus évident lorsque la Cour souligne que « *la question de l'acceptation ou non du port du voile intégral dans l'espace public constitue un choix de société* »²⁰⁰⁰ et que, dans un tel cas de figure, elle « *se doit [donc] de faire preuve de réserve dans l'exercice de son contrôle de conventionalité dès lors qu'il la conduit à évaluer un arbitrage effectué selon des modalités démocratiques au sein de la société en cause* »²⁰⁰¹. La Cour n'hésite d'ailleurs pas à neutraliser l'approche consensuelle afin de relativiser la place minoritaire de la France en Europe et ainsi valoriser l'influence du critère du domaine – combiné à celui du but légitime²⁰⁰² – dans le choix d'une subsidiarité renforcée.

563. Dans d'autres affaires, cela peut être la synergie des domaines en cause qui accroît la lecture subsidiaire du juge européen.

Ainsi et d'une part, c'est très certainement le domaine des relations entre l'Eglise et l'Etat, combiné à la présence du domaine de la réglementation de la liberté syndicale – les Etats contractants bénéficiant traditionnellement d'une ample marge d'appréciation quant à la manière d'assurer cette liberté²⁰⁰³ – qui ont poussé le juge à une reconnaissance du principe de subsidiarité dans la jurisprudence *Sindicatul "Pastorul Cel Bun" contre Roumanie* par exemple. Si aucune référence expresse n'est faite à ce principe²⁰⁰⁴, la volonté de la Cour de ne pas s'immiscer dans les appréciations nationales est toutefois clairement affichée. Rappelant tout d'abord, « *le caractère sensible des questions sociales et politiques liées à la recherche d'un juste équilibre entre les intérêts respectifs des salariés et des employeurs* »²⁰⁰⁵, qui invite

¹⁹⁹⁸ Cour EDH, Gde ch., 1 juillet 2014, *S.A.S. c. France*, *op. cit.*, § 129.

¹⁹⁹⁹ *Ibid.*

²⁰⁰⁰ *Ibid.*, § 153.

²⁰⁰¹ *Ibid.*, § 154.

²⁰⁰² Nous ne pouvons, en effet, ignorer le lien unissant le critère du domaine à celui du but légitime de protection des droits d'autrui, étendu par nécessité en l'espèce au « *respect des exigences minimales de la vie en société* » ainsi que le rôle joué par ce but au sein de la motivation juridique qui invitent, tous deux, à la reconnaissance d'une ample marge nationale d'appréciation. Pour une analyse du but légitime dans la présente affaire, voir *supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, section 1, § 2.

²⁰⁰³ Voir par exemple Cour EDH, Gde ch., 11 janvier 2006, *Sorensen et Rasmussen c. Danemark*, req. n°52562/99 et 52620/99, Rec. 2006-I, § 58 ; *Droit social*, 2006, n°11, pp. 1022-1025, chron. J-P. MARGUENAUD et J. MOULY.

²⁰⁰⁴ Cour EDH, Gde ch., 9 juillet 2013, *Sindicatul "Pastorul Cel Bun" c. Roumanie*, req. n°2330/09, Rec. 2013, § 138 (*JCP G.*, 2013, n°36, 919, veille G. GONZALEZ), la Cour fait toutefois référence au rôle prioritaire du décideur national.

²⁰⁰⁵ *Ibid.*, § 133.

dès lors à la reconnaissance d'une ample marge d'appréciation, le juge de Strasbourg utilise surtout l'argument du domaine sensible « *des questions relatives aux rapports entre l'Etat et les religions* »²⁰⁰⁶ afin d'insister sur le rôle, par conséquent prioritaire, des autorités nationales. Estimant que « *la marge d'appréciation de l'Etat est plus large dans ce domaine* »²⁰⁰⁷, la Grande chambre entérine donc la position prioritaire des juridictions nationales, jugeant même que le contrôle assuré par le tribunal départemental satisfait aux critères de sa jurisprudence.

D'autre part, c'est très certainement la synergie des domaines des relations Etat/religions avec celui des relations de travail – dans lequel la Cour européenne fait également preuve d'autolimitation, à l'exemple de l'affaire *Palomo Sanchez et autres contre Espagne*²⁰⁰⁸ notamment – qui a invité le juge à respecter la liberté d'appréciation de l'Etat membre dans l'affaire *Fernández Martínez contre Espagne* par exemple²⁰⁰⁹.

564. Le constat d'un recours au principe de subsidiarité, spécifiquement dans des affaires mettant en cause les relations entre l'État et les cultes, souligne la prise en compte, implicite ou explicite, du critère du domaine par la Cour afin de déterminer la teneur de son contrôle. Cette autolimitation dans le domaine des relations Etat/religions n'est toutefois pas nouvelle, dès lors qu'une certaine permanence de la réserve du juge peut être observée dans la jurisprudence européenne en la matière, conformément aux affaires *Otto-Preminger-Institut contre Autriche* du 20 septembre 1994²⁰¹⁰, *Wingrove contre Royaume-Uni* du 25 novembre 1996²⁰¹¹ ou *Leyla Sahin contre Turquie* du 10 novembre 2005²⁰¹² notamment²⁰¹³. Nombreux sont donc les exemples de refus de la part du juge de se prononcer sur les grandes questions de société, que cela soit d'une part, dans le domaine de la bioéthique et des mœurs ou, d'autre

²⁰⁰⁶ *Ibid.*, § 138.

²⁰⁰⁷ *Ibid.*, § 171 (souligné par nous).

²⁰⁰⁸ Voir, à ce titre, l'affaire Cour EDH, Gde ch., 12 septembre 2011, *Palomo Sanchez et al. c. Espagne*, req. n°28955/06 et al. ; *JCP G.*, 2012, n°4, pp. 163-169, chron. F. SUDRE, révélateur de la promotion du principe de subsidiarité dans le domaine des relations de travail.

²⁰⁰⁹ Cour EDH, Gde ch., 12 juin 2014, *Fernández Martínez c. Espagne*, req. n°56030/07, § 130 ; *JCP G.*, 2014, n°28, doct. 832, chron. F. SUDRE.

²⁰¹⁰ Cour EDH, 20 septembre 1994, *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, req. n°13470/87, série A n°295-A ; *RTDH*, 1995, n°23, pp. 401-415, comm. F. RIGAUX ; *RUDH*, 1994, n°12, pp. 441-449, comm. P. WACHSMANN.

²⁰¹¹ Cour EDH, 25 novembre 1996, *Wingrove c. Royaume-Uni*, req. n°17419/90 ; *RTDH*, 1997, n°32, pp. 713-732, comm. J.M. LARRALDE.

²⁰¹² Cour EDH, Gde ch., 10 novembre 2005, *Leyla Sahin c. Turquie*, req. n°44774/98, Rec. 2005-XI ; *RTDH*, 2006, n°66, pp. 183-215, comm. L. BURGORGUE-LARSEN et E. DUBOUT.

²⁰¹³ Voir, également, Cour EDH, 4 décembre 2008, *Dogru c. France*, req. n°27058/05, § 72 ; *JCP A.*, 2009, n°30, 2189, chron. D. SZYMCZAK. ; Cour EDH, déc., 30 juin 2009, *Bayrak c. France*, req. n°14308/08 ; Cour EDH, déc., 28 juin 2011, *Ouardiri c. Suisse*, req. n°65840/09 ; *JDI*, 2012, n°3, 2012, chron. 6, chron. J. LEVIVIER.

part, dans le domaine des relations Etat/religions. Si dans ces matières, la présence d'un consensus est souvent discutée – dans la mesure où des considérations éthiques, morales et religieuses variables selon les Etats membres, interfèrent avec la décision et solution adoptées – la retenue du juge ne nous semble pourtant pas guidée par ce paramètre dépassé. Certains arrêts, à l'exemple des affaires *A, B et C contre Irlande*²⁰¹⁴ ou *S.H et autres contre Autriche*²⁰¹⁵ notamment, confirment d'ailleurs que la présence d'une communauté de vues n'implique pas une réduction de la marge d'appréciation qui apparaît, dès lors, davantage déterminée par la nature du domaine de l'affaire. Parce que le juge des droits de l'homme ne souhaite pas avoir à arbitrer des questions sensibles et polémiques où aucune réponse unanime n'existe encore, il laisse le soin à l'Etat membre de décider. Toutefois et comme le souligne le Professeur Baptiste BONNET, si l'on peut estimer que ces questions de société – parce qu'elles constituent des enjeux politiques – relèvent naturellement de la sphère étatique, il est à craindre que la Cour devienne une simple chambre d'enregistrement du consensus européen, abandonnant alors son très précieux statut de précurseur en matière de droits de l'homme²⁰¹⁶. Une telle attitude du juge se remarque également dans le domaine des activités politiques et de nature régaliennes.

§2- Le critère contrasté du domaine des activités politiques et de nature régaliennes

565. Le domaine, en tant que critère principal d'application du principe de subsidiarité, est semble-t-il également déterminant lorsque sont en cause des affaires ayant trait aux activités politiques et régaliennes de l'Etat ou qui, de par leur nature, relèvent traditionnellement de la compétence étatique. La Cour européenne fait donc preuve de réserve, lorsqu'elle a à juger de la conventionnalité de mesures étatiques intervenant dans le domaine des politiques publiques économiques et sociales, des opérations policières et armées ou encore dans des domaines ayant trait à l'organisation du système étatique. Ces différentes déclinaisons matérielles du critère du domaine ne sont toutefois pas surprenantes dans la

²⁰¹⁴ Cour EDH, Gde ch., 16 décembre 2010, *A, B et C c. Irlande*, req. n°25579/05 ; *JCP G.*, 2011, n°3, 58, obs. M. LEVINET ; *JCP G.*, 2011, n°4, doctr. 94, chron. F. SUDRE ; *Constitutions*, 2011, p. 213, E. DUBOUT.

²⁰¹⁵ Cour EDH, Gde ch., 3 novembre 2011, *S.H. et autres c. Autriche*, req. n°57813/00 ; *RTD Civ.*, 2012, n°2, pp. 283-285, chron. J-P. MARGUENAUD ; *JCP G.*, 2011, n°47, 1291, obs. C. PICHERAL ; *JCP G.*, 2012, n°4, doctr. 87, chron. F. SUDRE.

²⁰¹⁶ B. BONNET, « Compatibilité de la circulaire du recteur interdisant aux étudiantes de porter le foulard islamique à l'université d'Istanbul avec l'article 9 de la Convention EDH », *JCP G.*, n°5, 2005, II 10016.

mesure où il semble logique que la Cour opère une certaine prudence dans les matières dites de « souveraineté » et dans lesquelles l'Etat membre doit donc disposer d'une certaine autonomie nationale. Contrairement au critère décisif du domaine des valeurs morales et sociétales où la très grande majorité des affaires illustre une reconnaissance du principe de subsidiarité, le critère du domaine des activités politiques et autres compétences régaliennes semble, quant à lui, plus contrasté. En effet, le recours à la subsidiarité est loin d'être « systématique » mais semble parfois attaché à des conditions d'ordre pratique et sémantique, en lien avec le cas d'espèce soumis à la Cour. Une généralisation ou systématisation apparaît donc délicate dans la mesure où l'analyse – permettant d'identifier les domaines des politiques publiques économiques et sociales (A), des opérations policières et armées (B) ou encore dans des domaines ayant trait à l'organisation du système étatique (C), comme particulièrement marqués par une reconnaissance de la subsidiarité – porte, pour l'essentiel, sur une jurisprudence récente de la Grande chambre.

A- Le domaine renouvelé des politiques publiques économiques et sociales

566. De longue date, la Cour européenne affirme que « *grâce à une connaissance directe de leur société et de ses besoins, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour déterminer ce qui est "d'utilité publique"* »²⁰¹⁷, tout spécifiquement en matière économique et sociale, la Cour respectant donc la manière dont l'Etat conçoit les impératifs d'utilité publique²⁰¹⁸. Face au domaine des politiques publiques économiques et sociales dont les déclinaisons matérielles peuvent être une nouvelle fois variées – le juge européen faisant notamment preuve de retenue en matière de politiques fiscales²⁰¹⁹, du logement²⁰²⁰, de santé²⁰²¹, d'aménagement du territoire²⁰²² etc. – le contrôle

²⁰¹⁷ Cour EDH, 21 février 1986, *James et autres c. Royaume-Uni*, req. n°8793/79, série A n°98, § 46 ; *GACEDH*, n°68.

²⁰¹⁸ Voir, en ce sens, Cour EDH, Gde ch., 12 avril 2006, *Stec et al. c. Royaume-Uni*, req. n°65731/01 et al., Rec. 2006-XI, § 52 ; *JDI*, 2007, n°2, pp. 729-730, note M. EUDES ; Cour EDH, Gde ch., 16 mars 2010, *Carson et autres c. Royaume-Uni*, req. n°42184/05, Rec. 2010, § 60 ; *JCP G.*, 2010, n°35, doctr. 859, chron. F. SUDRE ; Cour EDH, Gde ch., 7 juillet 2011, *Stummer c. Autriche*, req. n°37452/02, Rec. 2011, § 89 ; *JCP G.*, n°4, 2012, doctr. 87, chron. F. SUDRE.

²⁰¹⁹ Voir, par exemple, Cour EDH, Gde ch., 29 avril 2008, *Burden c. Royaume-Uni*, req. n°13378/05, Rec. 2008, § 60 ; *GACEDH*, n°53 ; *RTDH*, 2009, n°78, pp. 513-525, comm. J.P. MARGUENAUD.

²⁰²⁰ Voir, par exemple, Cour EDH, 25 septembre 1996, *Buckley c. Royaume-Uni*, req. n°20348/92 ; Cour EDH, Gde ch., 18 janvier 2001, *Chapman c. Royaume-Uni*, req. n°27238/95, Rec. 2001-I ; *GACEDH*, n°46.

²⁰²¹ Voir, par exemple, Cour EDH, 13 novembre 2012, *Hristozov et autres c. Bulgarie*, req. n°47039/11 et al., Rec. 2012 ; *RTDH*, 2013, n°96, pp. 945-957, comm. J-P. MARGUENAUD.

européen est traditionnellement restreint en raison de la complexité et sensibilité des choix traités²⁰²³. Si ce domaine a toujours été marqué par une réelle application du principe de subsidiarité, dès lors qu'une grande latitude est traditionnellement laissée au législateur pour légiférer en matière de politiques économiques et sociales²⁰²⁴, il se dessine également aujourd'hui comme un critère renouvelé car motivé par des considérations nouvelles, tenant à une plus grande considération des impacts budgétaires et de protection de l'environnement. C'est notamment ce que l'on peut constater, lorsque la Cour de Strasbourg se voit confrontée à des contentieux relevant, par exemple, du domaine de la protection sociale (1) ou de la gestion des espaces publics (2).

1- Le domaine de la protection sociale

567. Même si le contentieux des prestations sociales a parfois été propice au développement de la protection des droits²⁰²⁵, il reste toutefois un domaine majoritairement enclin à la retenue judiciaire. Dans l'affaire *Stummer contre Autriche* du 7 juillet 2011 par exemple, où était en cause une absence de pension de retraite pour les détenus exerçant un travail, la Cour de Strasbourg entérine une position timorée quant à la reconnaissance d'un droit aux prestations sociales pour les détenus, alors même qu'elle est souvent encline au développement d'une protection effective des droits des détenus. Elle donne en effet l'impression de refuser volontairement d'avoir à s'immiscer dans les législations nationales relatives à la protection sociale et s'appuie pour ce faire sur la neutralisation du consensus européen naissant, lui permettant *a priori* de justifier la marge d'appréciation de l'État membre²⁰²⁶.

²⁰²² Voir, par exemple, Cour EDH, 25 juin 2015, *Couturon c. France*, req. n°24756/10 ; *JCP G.*, 2015, n°42, doctr. 1114, M. HUYGHE.

²⁰²³ Opinion dissidente du juge LORENZEN sous l'arrêt Cour EDH, Gde ch., 11 janvier 2006, *Sorensen et Rasmussen c. Danemark*, req. n°52562/99 et 52620/99, Rec. 2006-I (*Droit social*, 2006, n°11, pp. 1022-1025, chron. J.P. MARGUENAUD et J. MOULY) évoque des « questions sociales et politiques délicates ».

²⁰²⁴ Cour EDH, 21 février 1986, *James et autres c. Royaume-Uni*, op. cit., § 46 ; Cour EDH, 20 novembre 1995, *Pressos Compania Naviera S.A. et autres c. Belgique*, req. n°17849/91, série A n°332, § 37 ; *JDI*, 1996, n°1, pp. 259-262, note P. TAVERNIER ; *GP*, 1996, n°285, note C. PETTITI ; Cour EDH, 20 novembre 2000, *Ex-roi de Grèce et al. c. Grèce*, req. n°25701/04, Rec. 2000-XII, § 87 ; *GP*, 2001, n°266, pp. 50-54, note Ch. PETTITI.

²⁰²⁵ Voir, par exemple, Cour EDH, 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, req. n°17371/90, Rec. 1996-IV ; Cour EDH, 11 juin 2002, *Willis c. Royaume-Uni*, req. n°36042/97, Rec. 2002-IV ; Cour EDH, déc., 8 décembre 2009, *Munoz Diaz c. Espagne*, req. n°49151/07, Rec. 2009 ; *Droit de la famille*, 2010, n°10, pp. 19-23, comm. J-B. WALTER.

²⁰²⁶ Voir également, s'agissant de l'obligation de travailler des prisonniers qui ont atteint l'âge de la retraite, l'affaire Cour EDH, 9 février 2016, *Meier c. Suisse*, req. n°10109/14, § 78 dans laquelle le juge européen rappelle que « les États membres jouissent d'une certaine marge d'appréciation quant à la mise en œuvre de

568. Néanmoins, la tendance européenne aurait tout aussi bien pu la conduire à réduire cette liberté étatique, si bien qu'il semblerait finalement que le réel critère de sa retenue judiciaire doive être identifié dans le domaine de l'affaire. En effet, la Cour européenne commence par rappeler « l'ample latitude » dont bénéficient les Etats membres pour « *définir des mesures d'ordre général en matière économique ou sociale* »²⁰²⁷. Elle poursuit son argumentaire en mettant en exergue la nature du contentieux en jeu, qui fait appel « *à des questions de politique pénale [...] mais également [...] de politique sociale [...] bref, [...] à des questions et choix complexes de stratégie sociale, domaine dans lequel les Etats jouissent d'une ample marge d'appréciation* »²⁰²⁸. Enfin, persévérant dans sa lancée, c'est « *eu égard à la complexité de cette question* »²⁰²⁹ que la Cour doit appréhender le grief invoqué comme un élément du système pénitentiaire et de la couverture sociale des détenus, ce qui va très manifestement orienter la solution vers le constat d'une non-violation de l'article 14 combiné à l'article 1 du protocole n°1. Sur le fondement apparent d'un défaut de « *consensus suffisant sur la question de l'affiliation des détenus exerçant un travail au régime des pensions de retraite* »²⁰³⁰, la Cour conclut également à une absence de « travail forcé ou obligatoire » au sens de l'article 4 § 2 de la Convention. Si l'interprétation consensuelle reste évidemment mobilisée, dès lors qu'elle permet de consolider, en l'espèce, l'étendue de la marge nationale d'appréciation, l'impact du critère du domaine dans la fixation de cette marge apparaît néanmoins en filigrane dans le contrôle du juge, qui ne se prive pas d'annihiler la tendance européenne afin ne pas avoir à se prononcer sur la question sensible du droit social des détenus.

569. Un autre exemple de réserve judiciaire dans le domaine des prestations sociales – qui plus est combiné à celui de la protection des institutions nationales et du mariage – peut être identifié dans l'affaire *Serife Yiğit contre Turquie* du 2 novembre 2010²⁰³¹. En l'espèce, où était en cause une absence de droits de retraite et de santé du compagnon décédé en présence d'un mariage religieux et non civil, la marge nationale d'appréciation de la Turquie

[ces mesures] par les autorités pénitentiaires, qui sont de toute façon mieux placées que la Cour pour juger des questions liées aux conditions et traitement des prisonniers ».

²⁰²⁷ Cour EDH, Gde ch., 7 juillet 2011, *Stummer c. Autriche*, op. cit., § 89.

²⁰²⁸ *Ibid.*, § 101.

²⁰²⁹ *Ibid.*, § 102.

²⁰³⁰ *Ibid.*, § 132.

²⁰³¹ Cour EDH, Gde ch., 2 novembre 2010, *Serife Yiğit c. Turquie*, req. n°3976/05 ; *JCP G.*, 2010, n°48, 1184, obs. G. GONZALEZ.

semble préservée et conduire la Cour – même si elle n'influe pas directement sur la teneur de son contrôle – a un constat de non-violation de la Convention. Que ce soit sur le terrain de l'article 14 combiné à 8²⁰³² ou sur celui de l'article 8 pris isolément²⁰³³, la Cour invoque, en effet, une extension de la marge d'appréciation en raison du contexte et domaine de l'affaire. Le juge des droits de l'homme porte d'ailleurs une attention expresse et particulière aux considérations budgétaires s'imposant à l'Etat membre, qui l'invitent ainsi à la bienveillance, dès lors que le domaine des prestations sociales est « *intimement lié aux ressources financières de l'Etat* »²⁰³⁴.

Il en va de même dans une affaire Carson et autres contre Royaume-Uni du 16 mars 2010, concernant une absence de revalorisation des pensions de retraite des retraités résidant en dehors du Royaume-Uni. Dans cette jurisprudence où la Cour estime que les requérants ne sont pas dans une situation comparable à celle des pensionnés résidant sur le territoire britannique (ou dans des pays signataires d'un accord en matière de sécurité sociale) et qu'il n'y a donc pas de discrimination en l'espèce, on ne peut ignorer le rappel devenu presque rhétorique – à défaut d'être pédagogique – selon lequel « *une ample latitude est d'ordinaire laissée à l'Etat pour prendre des mesures d'ordre général en matière économique ou sociale* »²⁰³⁵. Il est toutefois possible d'envisager que les considérations budgétaires et financières sous-tendues par cette question d'une absence de revalorisation des pensions de retraite, irriguent également la réserve du juge européen qui, au vu de la conjoncture actuelle d'une crise économique mondiale, apparaît de plus en plus sensible aux impacts financiers subis par les Etats²⁰³⁶. Dans le domaine de la gestion des espaces publics, c'est aux considérations environnementales qu'elle semble désormais porter attention.

²⁰³² *Ibid.* La Cour met l'accent sur le rôle joué par ce critère du domaine dans la reconnaissance d'une liberté étatique, affirmant que « *cette marge est d'autant plus ample qu'il s'agit pour l'Etat de prendre des mesures d'ordre général en matière fiscale, économique ou sociale* » (§ 70) ou de « *domaines qui relèvent de la politique sociale et fiscale, par exemple, en matière d'imposition, de pension et de sécurité sociale* » (§ 72).

²⁰³³ *Ibid.*, § 100. Lorsqu'elle conclut à la non-violation de l'article 8 de la Convention, la Cour mobilise une nouvelle fois l'argument selon lequel « *dans les domaines qui relèvent de la politique qu'un Etat entend mener en matière économique, fiscale ou sociale, [...] cette marge est nécessairement plus large* » (§ 100).

²⁰³⁴ *Ibid.*, § 70.

²⁰³⁵ Cour EDH, Gde ch., 16 mars 2010, *Carson et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 61.

²⁰³⁶ Voir, par exemple, Cour EDH, Gde ch., 3 avril 2012, *Kotov c. Russie*, req. n°54522/00, § 131 spéc. : « *la marge d'appréciation devant être accordée au législateur pour la mise en œuvre de ses choix en matière économique ou sociale doit être étendue* » tout particulièrement « *dans un domaine tel que celui de la faillite bancaire* » ; Cour EDH, Gde ch., 16 novembre 2010, *Perdigao c. Portugal*, req. n°24768/06, § 70 spéc. : « *les Etats doivent pouvoir prendre les mesures qu'ils estiment nécessaires pour protéger l'intérêt général d'un financement équilibré des systèmes de justice. Dans ce domaine, les Etats contractants jouissent d'une large marge d'appréciation* » ; Cour EDH, Gde ch., 27 mai 2008, *N. c. Royaume-Uni*, req. n°26565/05, Rec. 2008, §§ 44 et 49.

2- Le domaine de la gestion des espaces publics

570. La Cour européenne fait également preuve d'une retenue particulière dans le domaine de la gestion des espaces publics, plus précisément, dans le domaine d'une part, de la gestion du domaine public maritime et d'autre part, de la gestion de l'affichage sur le domaine public.

571. Cette autolimitation du juge dans la gestion, tout d'abord du domaine public maritime avait pu être, en effet, identifié sur la base des affaires *Depalle contre France*²⁰³⁷ et *Brosset-Triboulet contre France*²⁰³⁸ notamment et sur lesquelles il ne conviendra pas de revenir, puisque précédemment étudiées au titre du rôle du critère de la nature du but de protection de l'environnement²⁰³⁹. Cette valorisation du principe de subsidiarité dans le domaine de la gestion des espaces publics, grâce notamment à la poursuite d'infractions pénales environnementales suite à une catastrophe écologique, s'exprime également dans l'affaire *Mangouras contre Espagne* du 28 septembre 2010²⁰⁴⁰. Là encore, nous avons souligné, en sus du critère de la nature du but, le rôle implicite ou explicite du domaine ou « *contexte particulier de l'affaire* »²⁰⁴¹. Dans ces arrêts où l'application de la subsidiarité passait avant tout par le vecteur du critère du but légitime, le juge des droits de l'homme soulignait indirectement, néanmoins, l'influence du domaine au travers du caractère déterminant de la convergence des critères du but et du domaine comme justification à sa retenue judiciaire.

Ces affaires permettaient, par ailleurs, de souligner la manifeste considération du juge à l'égard des politiques de gestion de l'environnement et, plus encore, à l'égard des « *conséquences environnementales et économiques catastrophiques* »²⁰⁴² engendrées. Cela confirme l'impression, selon laquelle, le domaine des politiques publiques économiques et sociales apparaît désormais comme un critère renouvelé dans la mesure où, la prudence du juge semble en partie motivée par des considérations nouvelles tenant aux impacts budgétaires et/ou environnementaux, sous-tendus par le contentieux en jeu.

²⁰³⁷ Cour EDH, Gde ch., 29 mars 2010, *Depalle c. France*, *op. cit.*

²⁰³⁸ Cour EDH, Gde ch., 29 mars 2010, *Brosset-Triboulet et autres c. France*, *op. cit.*

²⁰³⁹ Voir *supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1, § 3, A.

²⁰⁴⁰ Cour EDH, Gde ch., 28 septembre 2010, *Mangouras c. Espagne*, *op. cit.*

²⁰⁴¹ *Ibid.*, § 92.

²⁰⁴² *Ibid.*, (souligné par nous).

572. Le domaine de la gestion des espaces publics appelle également à un renforcement du principe de subsidiarité, lorsqu'est en cause, d'autre part, la gestion de l'affichage dans le domaine public. C'est notamment ce que démontre l'affaire Mouvement raëlien suisse contre Suisse du 13 juillet 2012, dans laquelle le critère du domaine conduit à une forte valorisation de l'argument de proximité des autorités nationales. En substance, la Cour explique que les espaces d'affichages ne sont pas des espaces publics et ouverts par nature²⁰⁴³ – contrairement à la mer territoriale d'un Etat²⁰⁴⁴ par exemple – et qu'ils sont donc soumis à des réglementations nationales propres à chaque Etat. Si la grande diversité des réglementations nationales ainsi que la nature du discours – commercial et publicitaire – ont évidemment joué sur l'extension de la marge et l'application du principe de subsidiarité²⁰⁴⁵, le domaine de l'affaire a très certainement eu, là encore, un impact sur la retenue du juge. La Grande chambre affirme, d'ailleurs, que face au domaine de « *la gestion de l'affichage public dans le cadre de campagnes non strictement politiques* », les autorités nationales sont généralement mieux placées qu'elle pour décider des restrictions possibles²⁰⁴⁶. Il n'appartient donc pas à la Cour « *de s'immiscer dans les choix des autorités nationales et locales, plus proches des réalités de leur pays, sous peine de perdre de vue le caractère subsidiaire du mécanisme de la Convention* »²⁰⁴⁷. A l'aune de la jurisprudence récente, le critère du domaine influence également la retenue du juge lorsque sont en cause des opérations policières et armées.

B- Le domaine circonstancié des opérations policières et armées

573. L'identification du domaine des opérations policières et armées comme terreau d'une application du principe de subsidiarité, se présente comme doublement singulière. D'une part, il s'agit d'une matière qui relève pour l'essentiel – au vu des affaires identifiées – du champ des articles 2 et 5 de la Convention. Or ces droits supposent, de par leur nature et

²⁰⁴³ Cour EDH, Gde ch., 13 juillet 2012, *Mouvement Raëlien Suisse c. Suisse*, req. n°16354/06, Rec. 2012, § 58 ; *JCP G.*, 2012, n°37, 971, obs. C. PICHERAL.

²⁰⁴⁴ Cour EDH, 3 février 2009, *Women on waves c. Portugal*, req. n°31276/05, § 40 ; *JCP G.*, 2009, n°29, 143, chron. F. SUDRE.

²⁰⁴⁵ Cour EDH, Gde ch., 13 juillet 2012, *Mouvement Raëlien Suisse c. Suisse*, *op. cit.*, §§ 61, 62 et 63.

²⁰⁴⁶ *Ibid.*, § 64.

²⁰⁴⁷ *Ibid.*

prééminence parmi les dispositions jugées primordiales²⁰⁴⁸ ou fondamentales²⁰⁴⁹ par la Cour, une protection accrue et effective, invitant donc le juge à faire preuve d'activisme. Identifier ce domaine et à travers lui, les articles 2 et 5 de la Convention, comme marqués d'un renforcement du principe de subsidiarité, peut donc être particulièrement surprenant. D'autre part, ce domaine appréhendé comme critère d'application du principe doit être également qualifié de singulier dès lors que les conclusions de non-violation obtenues dans le champ des articles 2 et 5 de la Convention, semblent principalement tenir aux faits de l'espèce. La reconnaissance d'une subsidiarité serait donc contextualisée puisque circonscrite à des cas particuliers et non étendue aux articles identifiés en filigrane du fait des domaines déterminés. En d'autres termes, le critère du domaine des opérations policières et armées ne serait pas systématiquement déterminant mais dépendrait, pour l'essentiel, des données de la cause, apparaissant en conséquence comme un domaine circonstancié, contextualisé.

574. S'agissant, en premier lieu, du domaine des opérations matérielles de police, deux affaires peuvent être notamment analysées²⁰⁵⁰.

Tout d'abord, la jurisprudence *Austin et autres contre Royaume-Uni* du 15 mars 2012, concernant une mesure de confinement dans un cordon de sécurité pendant plusieurs heures, est particulièrement topique d'une application renforcée du principe de subsidiarité. Jugeant, dès le stade de l'applicabilité du droit, que la mesure de confinement ne peut s'analyser en soi comme une privation de liberté et écartant donc l'article 5 de la Convention devenu inapplicable au cas d'espèce, la Cour européenne fait plus que jamais preuve d'une excessive retenue. Pour se prémunir du risque de critiques, elle s'oblige d'ailleurs à faire un long rappel de l'importance du principe de subsidiarité dans le système européen²⁰⁵¹, ce qui présage, dès le début, de la solution envisagée. Si le lien entre ce principe et le domaine de l'affaire n'est pas clairement exploité par la Cour, son importance se lit, néanmoins, à l'aune de

²⁰⁴⁸ Cour EDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, req. n°2346/02, § 37 (*GACEDH*, n°44): « Parmi les dispositions de la Convention qu'elle juge primordiales, la Cour, dans sa jurisprudence, accorde la prééminence à l'article 2 ».

²⁰⁴⁹ Cour EDH, Gde ch., 19 septembre 2014, *Hassan c. Royaume-Uni*, req. n°29750/09, § 105 (*JCP G.*, 2014, n°41, 1022, obs. B. PASTRE-BELDA ; *RTDH*, 2015, n°102, comm. P. FRUMER) : « au but fondamental de l'article 5 § 1 ».

²⁰⁵⁰ Bien que portant sur le même domaine et traduisant le même impact de ce critère dans la reconnaissance d'une subsidiarité, il convient toutefois de distinguer les affaires *Austin et Giuliani et Gaggio* dans la mesure où la démarche du juge est totalement différente : la première porte sur l'applicabilité du droit, l'autre sur les modalités d'exercice du contrôle européen. Elles confirment, au contraire, que le principe de subsidiarité peut intervenir à différents niveaux de contrôle, et non seulement au titre du seul contrôle de proportionnalité.

²⁰⁵¹ Cour EDH, Gde ch., 15 mars 2012, *Austin et autres c. Royaume-Uni*, req. n°39692/09 et al., Rec. 2012, § 61 ; *JCP G.*, 2012, n°15, 455, obs. F. SUDRE ; *JDI*, 2013, n°4, pp. 1229-1233, note A. SCHILL.

l'affirmation selon laquelle « *la police doit jouir d'une certaine marge d'appréciation dans l'adoption de décisions opérationnelles. Pareilles décisions sont presque toujours compliquées et la police, [...] est généralement la mieux placée pour les prendre* »²⁰⁵². Au terme d'un contrôle des plus réduits, la Cour de Strasbourg conclut donc à l'absence de privation de liberté, conduisant à l'inapplicabilité de l'article 5. Toutefois, il est difficile d'opérer un constat général, selon lequel la Cour ferait preuve de retenue dans le domaine des opérations matérielles de police, dès lors que le contrôle apparaît clairement circonstancié. Le juge européen le précise : c'est essentiellement en raison des « *faits spécifiques et exceptionnels de l'espèce* »²⁰⁵³ qu'elle aboutit à un tel résultat.

Ensuite, dans une seconde affaire Giuliani et Gaggio contre Italie du 24 mars 2011 – concernant une personne tuée du fait du recours à la force publique meurtrière lors d'une manifestation – la Cour européenne fait une application des principes jurisprudentiels traditionnels, conduisant à prendre en compte le contexte dans lequel s'inscrit le recours à cette force²⁰⁵⁴. Aussi, lorsque la Grande Chambre affirme que « *l'usage de la force par des agents de l'Etat [...] peut se justifier [...] lorsqu'il se fonde sur une conviction honnête considérée comme valable à l'époque des événements* » et qu'elle « *ne saurait [...] substituer sa propre appréciation de la situation à celle de l'agent qui a dû réagir, dans le feu de l'action, à ce qu'il percevait sincèrement comme un danger, afin de sauver sa vie* »²⁰⁵⁵, elle fait sans doute implicitement appel au critère du domaine, pour justifier la modération et compréhension de son contrôle à l'égard des faits commis. Mais là encore, le constat de non-violation de l'article 2 de la Convention reste toutefois très circonstancié puisque, pour juger le recours à la force absolument nécessaire, elle prend en compte d'une part, le climat d'extrême violence qui régnait lors de la manifestation²⁰⁵⁶ et d'autre part, l'attitude particulièrement menaçante du requérant décédé²⁰⁵⁷. Il serait donc audacieux d'en déduire que

²⁰⁵² *Ibid.*, § 56.

²⁰⁵³ *Ibid.*, § 68.

²⁰⁵⁴ Voir, par exemple, Cour EDH, Gde ch., 27 septembre 1995, *McCann c. Royaume-Uni*, req. n°18984/91, série A n°324 ; *GACEDH*, n°11 ; *RTDH*, 1996, n°26, pp. 229-270, comm. A. REITER-KORKMAZ ; Cour EDH, 9 octobre 1997, *Andronicou et Constantinou c. Chypre*, req. n°25052/94, Rec. 1997-VI.

²⁰⁵⁵ Cour EDH, Gde ch., 24 mars 2011, *Giuliani et Gaggio c. Italie*, req. n°23458/02, § 179 (souligné par nous) ; *JCP G.*, 2011, n°16, p. 753, note G. GONZALEZ.

²⁰⁵⁶ *Ibid.*, §§ 189, 191.

²⁰⁵⁷ *Ibid.*, § 191.

cette retenue judiciaire est la manifestation d'un « *recadrage de l'office du juge européen* »²⁰⁵⁸ dans le domaine des opérations policières²⁰⁵⁹.

575. S'agissant, en second lieu, du domaine des opérations armées, l'affaire Hassan contre Royaume-Uni du 16 septembre 2014 – portant sur la capture du frère du requérant par les forces britanniques et sur son incarcération en Irak lors du conflit armé international – confirme le rôle implicite du critère du domaine dans la retenue du juge européen qui, de manière inédite, fait droit à la demande inattendue du Gouvernement²⁰⁶⁰. En effet, face au contexte particulier de ce conflit armé international, l'Etat invoquait l'application du « *droit international humanitaire, lex specialis en la matière* »²⁰⁶¹ afin, soit d'écarter les obligations découlant de l'article 5 de la Convention, soit de les interpréter à la lumière du droit international humanitaire et, plus précisément, des troisième et quatrième Conventions de Genève qui permettent la capture et la détention de combattants avérés ou présumés²⁰⁶². Si la Cour n'opère aucun lien entre son attitude conciliante et le domaine des opérations armées en tant que tel, on perçoit toutefois l'impact incident du domaine de l'affaire au travers d'un excès de mention rappelant le contexte particulier de « *conflit armé international* »²⁰⁶³ de cette affaire. Cette insistance de la Cour sur le « contexte »²⁰⁶⁴ singulier de l'affaire qui justifie « *que l'article 5 peut être interprété comme permettant l'exercice de pouvoirs aussi étendus* »²⁰⁶⁵, souligne, là encore, le caractère très circonstancié du contrôle du juge. Cela étant, et même si elle ne mentionne pas explicitement le principe de subsidiarité, la Cour de Strasbourg atténue son contrôle et accepte de substituer à l'application de l'article 5, des traités de droit international humanitaire²⁰⁶⁶. Le caractère contextualisé de l'application de la subsidiarité dans le domaine des forces policières et armées, peut également se retrouver dans

²⁰⁵⁸ F. SUDRE, « Le recadrage de l'office du juge européen », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, édition Nemesis, Anthémis, 2014, p. 239.

²⁰⁵⁹ Des arrêts ultérieurs rendus par les chambres confortent d'ailleurs cette impression, la Cour européenne constatant à de nombreuses reprises, dans les affaires Cour EDH, 29 mars 2011, *Alikaj et autres c. Italie*, req. n°47357/08 et Cour EDH, 25 juin 2013, *Gheorghe Cobzaru c. Roumanie*, req. n°6978/08 par exemple, une violation l'article 2.

²⁰⁶⁰ Dans ces conditions, il est alors étrange que la Cour ait reconnu l'affaire recevable alors même que les autorités nationales ne s'étaient jamais prononcées sur cette question jugée hors de leur champ de compétence.

²⁰⁶¹ Cour EDH, Gde ch., 19 septembre 2014, *Hassan c. Royaume-Uni*, req. n°29750/09, § 88 ; *JCP G.*, 2014, n°41, 1022, obs. B. PASTRE-BELDA ; *RTDH*, 2015, n°102, comm. P. FRUMER.

²⁰⁶² *Ibid.*

²⁰⁶³ *Ibid.*, §§ 76, 101, 104, 106, 108 etc.

²⁰⁶⁴ *Ibid.*, § 106.

²⁰⁶⁵ *Ibid.*, § 104 (souligné par nous).

²⁰⁶⁶ *Ibid.*, § 110.

les domaines ayant trait à l'organisation du système étatique, bien que plus hétérogènes, et eux aussi marqués par une application semble-t-il renforcée du principe de subsidiarité.

C- L'hétérogénéité des domaines ayant trait à l'organisation du système étatique

576. A l'aune de l'échantillon jurisprudentiel choisi²⁰⁶⁷, un dernier grand domaine semble se dessiner comme caractéristique d'une reconnaissance du principe de subsidiarité. En effet, lorsque sont en cause des contentieux ayant trait à l'organisation du système étatique, la Cour fait désormais preuve d'autolimitation et semble ainsi faire tout spécifiquement appel au principe de subsidiarité, en matière d'organisation du système électoral (1) et d'organisation du système juridictionnel interne (2). Une certaine hétérogénéité des domaines identifiés doit être toutefois remarquée, dès lors qu'à l'exemple du domaine des opérations policières et armées, l'application de la subsidiarité matérielle s'explique parfois au regard des conditions d'espèce et ne peut donc être, en toutes hypothèses, généralisée.

1- Le domaine de l'organisation du système électoral

577. En matière d'organisation du système électoral, la Cour de Strasbourg a toujours été partisane d'une liberté étatique, dès lors qu'il s'agit d'un domaine dans lequel « *les Etats contractants jouissent d'une ample marge d'appréciation, eu égard à la diversité dans l'espace et à la variabilité dans le temps, de leurs lois en matière électorale* »²⁰⁶⁸. La retenue du juge « *dans le contexte particulier des litiges électoraux* »²⁰⁶⁹ peut ainsi se lire à l'égard du choix des modes de scrutin²⁰⁷⁰, en ce qui concerne les conditions d'éligibilité des

²⁰⁶⁷ Nous rappelons que cette étude se concentre essentiellement sur la jurisprudence de la Grande chambre rendue depuis les années 2010.

²⁰⁶⁸ Voir, par exemple, Cour EDH, 2 mars 1987, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, req. n°9267/81, série A n°114, § 54 ; Cour EDH, 11 janvier 2005, *Py c. France*, req. n°66289/01, Rec. 2005-I, § 47 ; *JCP G.*, 2005, n°30, pp. 1451-1456, chron. F. SUDRE.

²⁰⁶⁹ Cour EDH, 13 octobre 2015, *Riza et autres c. Bulgarie*, req. n°48555/10 et al.

²⁰⁷⁰ Cour EDH, 2 mars 1987, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, *op. cit.* ; Cour EDH, Gde ch., 8 juillet 2008, *Yumak et Sadak c. Turquie*, req. n°10226/03, Rec. 2008 ; *JCP G.*, 2009, n°3, I-104, pp. 27-32, chron. F. SUDRE ; Cour EDH, Gde ch., 15 mars 2012, *Sitaropoulos et al. c. Grèce*, req. n°42202/07 ; *JCP G.*, 2012, n°35, doct. 924, chron. F. SUDRE ; *RTDH*, 2014, n°100, p. 937, S. BESSON et A-L. GRAF-BRUGERE.

parlementaires²⁰⁷¹ ou encore s'agissant de la détermination des seuils électoraux²⁰⁷², la Cour concédant par exemple une « *marge d'appréciation particulièrement large [...] dans le domaine [des seuils électoraux]* »²⁰⁷³. Dans la jurisprudence récente, l'affaire Sitaropoulos et Giakoumopoulos contre Grèce s'est notamment vue imprégnée par le judicial self-restraint de la Cour de Strasbourg. Traitant de l'impossibilité, pour les expatriés, de voter depuis leur lieu de résidence et donc de la réglementation des modalités d'exercice du droit de vote des expatriés, la Cour confirme ici que l'obligation de satisfaire à une condition de résidence ou de durée de résidence « *ne constitue pas en principe une restriction arbitraire au droit de vote et n'est donc pas incompatible avec l'article 3 du Protocole n°1* »²⁰⁷⁴. Le contexte éminemment politique de cette affaire a manifestement influencé la majorité des juges dans le sens de la retenue, juges qui affirment qu'« *en ce qui concerne la détermination du mode de scrutin, [...] les Etats contractants jouissent dans ce domaine, d'une ample marge d'appréciation* »²⁰⁷⁵. Là encore, la Cour européenne fait une nouvelle fois le lien entre le critère du domaine et le caractère ample de la marge. Parce que la Grande chambre se joue par ailleurs du critère du consensus – inexistant en l'espèce²⁰⁷⁶ alors qu'expressément constaté par l'arrêt de chambre²⁰⁷⁷ – cette affaire confirme l'influence du domaine sur la détermination de la teneur du contrôle, critère auquel la Cour semble donc accorder plus de crédit, ou du moins de permanence, que celui – souvent manipulé – du consensus.

578. La retenue du juge, en matière d'organisation du système électoral n'est toutefois pas systématique, comme a pu l'illustrer la très médiatique affaire Hirst contre Royaume-Uni²⁰⁷⁸. L'importance du contentieux avait toutefois pu « expliquer » cette position inattendue du juge européen – d'autant plus inédite qu'il ne s'était pas non plus embarrassé de l'élément consensuel²⁰⁷⁹ – dès lors qu'était en cause non pas les modalités d'exercice du droit de vote mais la déchéance automatique, générale et indifférenciée du droit de vote lui-même. Dès son affaire postérieure Scoppola contre Italie (n° 3) du 22 mai 2012 – portant sur une même

²⁰⁷¹ Cour EDH, 1^{er} juillet 1997, *Gitonas et autres c. Grèce*, req. n°18747/91 et al., Rec. 1997-IV ; *JCP G.*, 1998, n°5, I 107, chron. F. SUDRE ; Cour EDH, Gde ch., 16 mars 2006, *Zdanoka c. Lettonie*, req. n°58278/00, Rec. 2006-IV ; *GACEDH*, n°65 ; *RTDH*, 2008, n°73, pp. 195-222, comm. F. JACQUEMOT.

²⁰⁷² Cour EDH, Gde ch., 8 juillet 2008, *Yumak et Sadak c. Turquie*, *op. cit.*

²⁰⁷³ Cour EDH, déc., 29 novembre 2007, *Partija "jaunie demokrati" et Partija "musu zeme" c. Lettonie*, req. n°10547/07 et al.

²⁰⁷⁴ Cour EDH, 6 février 2007, *Doyle c. Royaume-Uni*, req. n°30158/06, § 69.

²⁰⁷⁵ Cour EDH, Gde ch., 15 mars 2012, *Sitaropoulos et al. c. Grèce*, *op. cit.*, § 65.

²⁰⁷⁶ *Ibid.*, § 74.

²⁰⁷⁷ *Ibid.*, § 46.

²⁰⁷⁸ Cour EDH, Gde ch., 6 octobre 2005, *Hirst c. Royaume-Uni (N°2)*, req. n°74025/01, Rec. 2005-IX, § 81 ; *JDI*, 2006, n°3, pp. 1169-1171, note M. EUDES.

²⁰⁷⁹ Voir *supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2, § 2, B.

question – la Cour européenne va toutefois exercer un contrôle plus compréhensif, dans la mesure où le législateur italien avait pris soin de moduler cette interdiction automatique qui – contrairement au précédent *Hirst contre Royaume-Uni* – n'était donc plus ni générale ni indifférenciée²⁰⁸⁰. La seule présence de modulations au caractère automatique de l'interdiction suffit donc à faire resurgir la ligne jurisprudentielle de retenue judiciaire en matière d'organisation des systèmes électoraux, la Cour européenne concluant dans l'affaire *Scoppola* à une non-violation de la Convention puisque « *la marge d'appréciation reconnue au gouvernement défendeur dans ce domaine, n'a pas été outrepassée* »²⁰⁸¹. Elle fait, par ailleurs, preuve d'une même retenue dans des affaires mettant en cause l'organisation du système juridictionnel.

2- Le domaine de l'organisation du système juridictionnel

579. Dans le domaine de l'organisation du système juridictionnel, il est également possible de remarquer une tendance à la reconnaissance du principe de subsidiarité, qui reste néanmoins plus contrastée – car souvent contextualisée – que dans le domaine de l'organisation du système électoral. Si le regain d'une subsidiarité dans ce domaine vient à contre-courant de la jurisprudence antérieure globalement dynamique en matière d'organisation juridictionnelle, il semble néanmoins se confirmer à l'aune d'une jurisprudence contemporaine plus timorée. Dans l'affaire *Nedjet Sahin contre Turquie* du 20 octobre 2011 par exemple – traitant du défaut d'équité de la procédure devant les juridictions nationales et des divergences de jurisprudence, comme potentiellement contraire au droit à un procès équitable – la Cour européenne fait clairement part de sa volonté « *de ne pas apparaître comme un 3ème ou 4ème degré de juridiction et de ne pas s'immiscer dans l'exercice des fonctions juridictionnelles nationales* »²⁰⁸². S'appuyant directement, pour ce faire, sur le principe de subsidiarité et ses diverses conséquences, elle rappelle d'une part « *qu'elle n'a pas pour tâche de se substituer aux juridictions internes [car] c'est au premier chef aux autorités nationales [...] qu'il incombe d'interpréter la législation interne* »²⁰⁸³ et qu'elle n'est donc « *pas compétente pour mettre en cause l'interprétation de la législation interne par ces*

²⁰⁸⁰ Cour EDH, Gde ch., 22 mai 2012, *Scoppola n°3 c. Italie*, req. n°126/05, § 108 ; *RTDH*, 2013, n°14, pp. 433-456, note N. HERVIEU.

²⁰⁸¹ *Ibid.*, § 110.

²⁰⁸² F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G.*, 2012, n°4, doct. 87.

²⁰⁸³ Cour EDH, Gde ch., 20 octobre 2011, *Nedjet Sahin and Perihan Sahin c. Turquie*, req. n°13279/05, § 49 ; *JCP G.*, 2012, n°4, doct. 87, chron. F. SUDRE.

*juridictions [ou] comparer les diverses décisions rendues »*²⁰⁸⁴. D'autre part, elle insiste sur la nécessité de respecter « *l'autonomie et l'indépendance décisionnelle des juridictions nationales, conformément au principe de subsidiarité qui est à la base du système de la Convention* »²⁰⁸⁵. Après un tel rappel, elle ne pouvait que faire preuve de réserve et conclure que, lorsque la divergence des jurisprudences ne résulte pas d'une décision arbitraire, déraisonnable ou de nature à entacher l'équité de la procédure²⁰⁸⁶, il ne lui appartient pas d'apporter une réponse au regard de l'article 6 § 1 de la Convention²⁰⁸⁷. Si en parallèle de son contrôle, l'argument de l'absence de consensus européen est mis en avant afin de confirmer le constat de non-violation, la Cour de Strasbourg fait toutefois clairement le lien entre la retenue de son contrôle et le domaine en cause. A ce titre, elle explique « *qu'elle doit éviter toute immixtion injustifiée dans l'exercice des fonctions juridictionnelles, de même que dans l'organisation juridictionnelle des Etats [et] souligne, en outre, que les juridictions nationales sont les premières responsables de la cohérence de leur jurisprudence et que son intervention à cet égard, doit demeurer exceptionnelle* »²⁰⁸⁸.

580. Dans une autre affaire Boulois contre Luxembourg du 3 avril 2012, portant sur le refus d'accorder une autorisation de sortie à un détenu au motif que ce « droit » n'est pas reconnu en droit interne, l'impact du domaine tenant à l'organisation juridictionnelle des Etats – bien que sous-tendant le contrôle du juge – n'est pas clairement exprimé par la Cour. S'il n'est donc pas fait mention, ni du principe de subsidiarité ni du critère du domaine, la Cour européenne affirme, néanmoins, qu'elle doit avoir « *des motifs très sérieux de prendre le contre-pied des juridictions nationales supérieures, en jugeant contrairement à elles, que la personne concernée pouvait prétendre, de manière défendable, qu'elle possédait un droit reconnu par la législation interne* »²⁰⁸⁹. Elle souligne implicitement, ici, le lien entre sa volonté de ne pas s'immiscer de trop au sein des décisions nationales – d'autant plus lorsqu'elles sont adoptées par des juridictions suprêmes – et le domaine dans lequel elle intervient en l'espèce, touchant au fonctionnement du système judiciaire interne du Luxembourg. S'appuyant, par ailleurs, sur le fait que ni la Convention ni ses Protocoles ne prévoient expressément un droit au congé pénal, corroboré par une absence de consensus sur

²⁰⁸⁴ *Ibid.*, § 50.

²⁰⁸⁵ *Ibid.*, § 84.

²⁰⁸⁶ *Ibid.*, § 93.

²⁰⁸⁷ *Ibid.*, § 95.

²⁰⁸⁸ *Ibid.*, § 94 (souligné par nous).

²⁰⁸⁹ Cour EDH, Gde ch., 3 avril 2012, *Boulois c. Luxembourg*, req. n°37575/04, § 91 ; *JCP G.*, 2012, n°35, 924, chron. F. SUDRE.

le statut et les modalités d'octroi d'un tel droit²⁰⁹⁰, la Cour confirme que la requête ne portait pas sur un « droit » reconnu en droit interne, débouchant donc sur l'inapplicabilité de l'article 6 au cas d'espèce. Comme le souligne le Professeur Frédéric SUDRE, « *la démarche de la Cour est à l'évidence pleinement respectueuse du principe de subsidiarité et traduit son souci [...] de ne pas "forcer" le droit interne* »²⁰⁹¹.

581. L'affaire Van Der Heijden contre Pays-Bas du 3 avril 2012 – portant sur la question de l'obligation de témoigner en matière pénale, même contre son compagnon, si aucun mariage ou partenariat civil n'a été contracté – confirme également le constat d'une application renforcée du principe de subsidiarité, dans les requêtes ayant trait au fonctionnement du système juridictionnel interne. En l'espèce, le juge des droits de l'homme refuse l'argument selon lequel la relation de dix-huit ans entre la requérante et son compagnon était assimilable à un mariage ou partenariat civil et devait avoir les mêmes effets juridiques que ceux qui s'attachent à ces unions officiellement reconnues. En effet, rien n'empêche l'Etat de subordonner la dispense au devoir de témoigner, à des conditions et exigences de forme spécifiques²⁰⁹² et d'ainsi prévoir des conséquences juridiques différentes selon le statut des concernés²⁰⁹³. En l'espèce, même si l'influence du domaine n'est pas clairement identifiée, la retenue du juge a très certainement été insufflée par le contexte spécifique de l'affaire, touchant à l'organisation et au fonctionnement du système juridictionnel interne et, plus spécifiquement, à l'effectivité des procédures pénales²⁰⁹⁴. Par ailleurs, le lien synergique unissant le domaine de l'organisation et du fonctionnement des procédures pénales et celui de la protection de l'institution même du mariage – également sujette à une reconnaissance du principe de subsidiarité, comme en attestent les affaires Hämäläinen contre Finlande et Serife Yigit contre Turquie, précédemment étudiée²⁰⁹⁵ – a nécessairement contribué à renforcer le caractère subsidiaire du contrôle européen. Enfin, l'absence de consensus européen quant à la définition des exceptions à l'obligation de témoigner ne peut être ignorée, dès lors qu'il reste – même s'il n'est manifestement plus le critère déterminant – un critère qui milite et corrobore l'extension de la marge d'appréciation.

²⁰⁹⁰ *Ibid.*, § 102.

²⁰⁹¹ F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G.*, 2012, n°35, doct. 924.

²⁰⁹² Cour EDH, Gde ch., 3 avril 2012, *Van Der Heijden c. Pays-Bas*, req. n°42857/05, § 67 ; *JCP G.*, n°17, 2012, 525, obs. B. PASTRE-BELDA ; *JCP G.*, n°35, 2012, doct. 924, chron. F. SUDRE.

²⁰⁹³ Cour EDH, Gde ch., 3 avril 2012, *Van Der Heijden c. Pays-Bas*, *op. cit.*, § 71.

²⁰⁹⁴ Voir, également, l'affaire Cour EDH, Gde ch., 7 juillet 2011, *Stummer c. Autriche*, req. n°37452/02, Rec. 2011 ; *JCP G.*, n°4, 2012, doct. 87, chron. F. SUDRE.

²⁰⁹⁵ Voir *supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, section 2, § 1, A et § 2, A.

582. D'autres affaires pourraient être encore mentionnées, à l'exemple de la jurisprudence *Al-Khawaja et Tahery contre Royaume-Uni* qui « *restitue aux États le bénéfice d'une vraie subsidiarité du contrôle européen* »²⁰⁹⁶ dans le domaine de l'admission des preuves et en l'espèce, de la preuve par ouï-dire. Si ces deux affaires jointes aboutissent à des résultats différents – constat de non-violation pour la première et de violation pour la seconde – elles posent toutefois un principe identique²⁰⁹⁷, selon lequel le caractère équitable s'analyse au regard de l'ensemble de la procédure²⁰⁹⁸. La Cour va alors infléchir sa jurisprudence antérieure sur la preuve par ouï-dire, en prenant en compte les spécificités du droit britannique et en faisant donc place au principe de subsidiarité. L'affaire *Taxquet contre Belgique* du 16 novembre 2010 pourrait être également citée, concernant l'absence de motivation et l'impossibilité de faire appel contre les décisions de la Cour d'assise, rendues par un jury populaire. La Cour parvient en l'espèce à un constat de violation de l'article 6 § 1 qui, sans remettre en cause l'institution même du jury populaire et donc contrarier le principe de subsidiarité, condamne l'absence de précision et d'individualisation des questions posées au jury ainsi que l'absence de recours possible. Néanmoins, cette condamnation est essentiellement d'ordre factuel et ne remet pas directement en cause le fonctionnement même du système judiciaire belge des jurys populaires²⁰⁹⁹. Elle confirme d'ailleurs, à cette occasion, que « *les Etats contractants jouissent d'une grande liberté dans le choix des moyens propres à permettre à leur système judiciaire de respecter les impératifs de l'article 6* »²¹⁰⁰ et entérine implicitement l'impact du domaine de l'affaire sur la reconnaissance ou le refoulement du principe de subsidiarité.

*

* *

583. Née du constat d'une retenue judiciaire dans les domaines « sensibles », la recherche confirme que la reconnaissance d'une subsidiarité se veut principalement conditionnée en fonction de la nature ou du domaine du litige en cause. Ce critère du

²⁰⁹⁶ G. GONZALEZ, « Preuve par Ouï-dire : la Cour tend l'oreille... », *JCP G.*, 2012, n°1, 25.

²⁰⁹⁷ Cour EDH, Gde ch., 15 décembre 2011, *Al-khawaja et Tahery c. Royaume-Uni*, req. n°26766/05, Rec. 2011, § 127 ; *JCP G.*, 2012, n°1, 25, obs. G. GONZALEZ ; *JCP G.*, 2012, n°4, pp. 163-169, chron. F. SUDRE.

²⁰⁹⁸ *Ibid.*, § 118.

²⁰⁹⁹ A plusieurs reprises, la Cour européenne va en effet « valider » le fonctionnement du système de jury populaire dès lors que l'absence de recours possible et la non-motivation du verdict ne sont pas inconventionnels en soi.

²¹⁰⁰ Cour EDH, Gde ch., 16 novembre 2010, *Taxquet c. Belgique*, req. n°926/05, Rec. 2010, § 84 ; *JCP G.*, 2010, n°50, 1250, obs. F. SUDRE.

domaine, facteur visiblement principal de l'application du principe, se décline alors en diverses matières identifiées comme étant, pour l'essentiel, les domaines de la morale et des rapports entre l'Etat et les Eglises, des politiques publiques économiques et sociales, ainsi que les domaines ayant trait à l'organisation du système étatique – que ce soit quant au choix du système électoral ou du système juridictionnel interne – ainsi qu'aux activités policières et armées de l'Etat. L'ensemble de ces domaines semble être en effet marqué d'une application renforcée du principe de subsidiarité, la Cour européenne faisant preuve, plus que dans toutes autres matières, d'une autolimitation et compréhension particulières. Deux remarques peuvent être à ce titre formulées. D'une part, une hiérarchie entre ces domaines s'esquisse toutefois, dès lors que celui des valeurs morales et sociétales bénéficie d'un poids incontestablement déterminant dans la reconnaissance d'une subsidiarité, contrairement au domaine plus contrasté des activités et compétences de nature régaliennne, dans lequel le recours au principe tient plus souvent aux données de la cause et apparaît donc davantage circonstancié. D'autre part, la Cour paraît désormais faire preuve de retenue dans des domaines de plus en plus larges et de moins en moins sensibles, à l'exemple notamment de l'affaire *Delfi AS contre Estonie* – traitant de la condamnation d'un exploitant de portail d'actualités sur Internet en raison de commentaires injurieux postés par des internautes – dans laquelle elle indique clairement l'impact de « *ce domaine d'innovation technologique en évolution* »²¹⁰¹ sur la teneur du contrôle opéré et très certainement aussi, sur le constat de non-violation de l'article 8 de la Convention en découlant.

584. Loin d'être des domaines sans lien ni logique, un point de convergence regroupe l'essentiel de ces matières et s'exprime au travers d'une volonté de la Cour de protéger *in fine* l'identité nationale ou constitutionnelle²¹⁰² des Etats membres ; en d'autres termes, de protéger leurs spécificités nationales. Ainsi que le souligne l'avocat général Régis DE GOUTTES, la Cour fait une « *application de la marge d'appréciation [et à travers elle, du principe de subsidiarité dans le but de] respecter les spécificités des mentalités et des*

²¹⁰¹ Cour EDH, Gde ch., 16 juin 2015, *Delfi AS c. Estonie*, req. n°64569/09, § 111 ; *JCP G.*, 2015, n°27, 798, obs. K. BLAY-GRABARCZYK ; *JCP G.*, 2015, n°28, doctr. 845, F. SUDRE.

²¹⁰² Comme entendu au sens du droit de l'Union européenne. Voir, par exemple, D. SIMON, « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union européenne », in L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Pedone, 2011, pp. 27-44 ; MILLET François-Xavier, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des Etats membres*, LGDJ, 2013 ; J.-C. BARBATO et J.-D. MOUTON, *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'UE, réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, Bruylant, 2010, les auteurs s'interrogeant sur la possible consécration d'un droit à l'identité nationale des États membres. Voir également D. SZYMCAK, « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence conventionnelle », in L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Pedone, 2011, p. 45 et suiv.

conceptions philosophiques nationales »²¹⁰³. Le concept d'identité nationale avait d'ailleurs été invoqué dans l'affaire Lautsi contre Italie, comme argument au soutien du Gouvernement, mais aussi repris par le juge BONELLO, dans son opinion concordante, qui affirmait qu'« *aucun tribunal supranational n'a à substituer ses propres modèles éthiques aux qualités que l'histoire a imprimées à l'identité nationale* »²¹⁰⁴. La Cour européenne, galvanisée par le principe de subsidiarité, s'investit donc de la mission de sauvegarder d'une part, les aspects fondamentaux de cette identité – à la fois morale, éthique, religieuse et culturelle – ainsi que de respecter d'autre part, les fonctions cardinales de l'Etat. Cette deuxième « composante » de l'identité nationale, telle que protégée par la Cour de Strasbourg, suppose alors un respect du noyau dur de la souveraineté des Etats membres et par là-même des différentes formes de systèmes – électoraux, judiciaires, sociaux etc. – potentiellement choisis. Dès qu'elle est en présence d'un système démocratique respectueux des droits de l'homme, la Cour européenne semble donc faire preuve d'une prudence évidente afin de ne pas avoir à se prononcer sur les principes d'organisation et de fonctionnement de l'Etat membre²¹⁰⁵. Garantir le respect de l'identité nationale de l'Etat permet donc, *in fine*, de protéger son autonomie nationale, et d'ainsi ménager les exigences tenant au principe de subsidiarité.

²¹⁰³ R. DE GOUTTES, « La priorité substantielle du droit interne », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, édition Nemesis, Anthemis, 2014, p. 44.

²¹⁰⁴ Opinion concordante du juge BONELLO, § 1.1 sous l'arrêt Cour EDH, Gde ch., 18 mars 2011, *Lautsi et Autres c. Italie*, req. n°30814/06 ; *JCP G.*, 2011, n°20, 601, note G. GONZALEZ.

²¹⁰⁵ Voir, en ce sens, D. SZYMCZAK, « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence conventionnelle », *op. cit.*, p. 45 et suiv.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

586. Si l'utilisation fluctuante des techniques « naturelles » d'expression de la subsidiarité – que sont le consensus et la marge nationale d'appréciation – est évidemment de nature à préjudicier la saine application du principe de subsidiarité, sa mobilisation n'en reste pas moins conditionnée. La démarche scientifique tendant à démontrer le rôle, désormais prépondérant, du critère du domaine, renforcé par celui du but légitime, dans la reconnaissance ou l'exclusion par le juge du principe de subsidiarité, a alors pour origine un double constat. Un premier constat d'une part, tenant à une appréciation minimale des buts légitimes poursuivis, notamment lorsque sont en cause des buts ayant trait à la protection de l'environnement ou de la morale. Un deuxième constat d'autre part, tenant à une retenue judiciaire particulièrement marquée dans les domaines sensibles, que ce soit face à des questions délicates de société ou des contentieux ayant trait aux activités politiques et régaliennes de l'Etat membre.

587. Faisant en effet fi des considérations de droit comparé et du rôle décisif autrefois conféré au critère du consensus, la Cour tient désormais compte de la nature des buts légitimes invoqués, buts qui rejoignent et coïncident généralement avec la nature du domaine de l'affaire et tendent donc à renforcer l'application de la subsidiarité (subsidiarité qui n'en reste pas moins principalement déterminée par le critère du domaine). Cette prudence, parfois excessive, du juge européen dans certains domaines, n'apparaît toutefois pas directement liée à la promotion actuelle du principe de subsidiarité mais semble avoir toujours plus ou moins visée les questions morales, éthiques et religieuses. Virginie CLAUDE, dans son mémoire publié en 1998, remarquait déjà qu'« *il est des sujets, des droits sur lesquels elle ne se prononce pas, qu'elle évite d'aborder directement ou pour lesquels elle garde une attitude très en retrait sur un éventuel développement* »²¹⁰⁶, comme l'illustre notamment sa « *position statique* » à l'égard des articles 8 et 10 de la Convention²¹⁰⁷. Si ce constat se confirme encore aujourd'hui – dès lors que les deux articles en cause interviennent régulièrement à l'appui des questions sensibles de société – il s'est aussi étendu, englobant au-delà des domaines de la bioéthique, des mœurs et des relations Etat-religions, différents domaines ayant trait au

²¹⁰⁶ V. CLAUDE, *L'interprétation consensuelle de la CEDH*, Mémoire de DEA, Université Montpellier I, IDEDH, 1998, p. 63.

²¹⁰⁷ *Ibid.*

fonctionnement et à l'organisation interne des parties contractantes, ou plus généralement, aux activités régaliennes de l'Etat membre.

588. Guidé par la combinaison des critères – généralement concordants – de la nature du but et du domaine, le juge européen détermine donc à quel moment et dans quelle matière il doit, ou non, faire preuve de retenue et ainsi laisser place au principe fondamental de subsidiarité. Ce principe ne serait donc plus principalement guidé par la présence ou l'absence d'un dénominateur commun, sa reconnaissance étant désormais indexée sur la sensibilité des contentieux traités. Toutefois, à trop valoriser cette subsidiarité, le but légitime finit par ne plus jouer son rôle de « *limite aux limitations* » mais sert, au contraire, « *à ouvrir aux Etats des voies de fuite du droit conventionnel* »²¹⁰⁸. Il en va de même s'agissant du critère du domaine qui se justifie, certes, dans la mesure où le juge européen n'est pas le plus légitime pour définir les valeurs sociétales d'un pays ou décider de ce qu'est, dans l'absolu, la « *vérité morale* »²¹⁰⁹, mais l'empêche également d'intervenir au soutien d'un développement des droits de l'homme dans des domaines nouveaux où tout reste à faire.

589. Le critère du domaine – combiné à celui du but – ne serait donc pas des plus pertinents, dès lors qu'il pousse la Cour à faire preuve de pusillanimité sur l'ensemble des sujets brûlants de société. Un équilibre entre retenue excessive et audace manifeste doit donc être impérativement ménagé, car à trop vouloir protéger la liberté des Etats membres, le juge européen en vient à abandonner ses compétences d'harmonisation et de développement des droits, échouant par là-même à sa mission première de protection effective des droits de l'homme en Europe. Il convient, en effet, de ne pas oublier que « *le principe de subsidiarité n'est pas le seul principe fondamental de la Convention. Il existe un deuxième pilier sur lequel se repose également le système de Strasbourg, celui de l'effectivité des droits* »²¹¹⁰.

²¹⁰⁸ E. KASTANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1996, p. 86.

²¹⁰⁹ J. L. MURRAY, « Consensus : concordance ou hégémonie de la majorité ? » in *Dialogue entre juges*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2008, disponible sur : http://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2008_FRA.pdf.

²¹¹⁰ J-P. COSTA, « Intervention introductive » devant le Conseil d'Etat, lors de la conférence sur *Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme*, Paris, le 19 avril 2010.

CONCLUSION DU TITRE 1 : L'INSTRUMENTALISATION DU PRINCIPE DE SUBSIDIARITÉ PAR LE JUGE EUROPÉEN

591. Dans sa chronique d'actualité de juin 2013, le Professeur Laurence BURGORGUE-LARSEN écrit : *« la marge nationale d'appréciation a retrouvé, dernièrement, une vigueur argumentaire prompte à adoucir le courroux et la défiance des Etats ; du coup, la philosophie qui sous-tend la marge (la subsidiarité) sert plus que jamais à légitimer une retenue judiciaire toute stratégique de la Cour en octroyant, tant aux juges, mais aussi à tout type d'autorité nationale, un rôle de premier choix »*²¹¹¹. Cette mise en œuvre *stratégique* du principe de subsidiarité – que nous nous proposons de démontrer dans cette seconde partie de la recherche – s'exprime donc, tout d'abord, au travers d'une instrumentalisation des conditions d'application et d'utilisation du principe.

592. L'analyse de la jurisprudence européenne a en effet permis de démontrer que l'instrumentalisation du principe de subsidiarité se matérialise, en premier lieu, par le biais d'une utilisation incohérente du critère du consensus et de ses implications sur l'étendue de la marge nationale d'appréciation. En effet, le consensus européen fait l'objet d'une utilisation variable dans la jurisprudence européenne alors même qu'il se présente comme un excellent outil permettant de ménager l'équilibre souhaité, entre unité et diversité, entre respect des particularismes et harmonisation des droits. Toutefois, la jurisprudence récente de la Cour de Strasbourg montre que l'instrumentalisation du principe et de ses critères d'application ne va pas uniquement dans le sens d'un refoulement du principe mais s'exprime, de plus en plus, en faveur d'un excès d'autolimitation – tout aussi gênant, selon nous, qu'un activisme exagéré – alors même que la présence d'une communauté de vues invitait la Cour à prendre position. Toutefois libéré de la contrainte du droit comparé et du poids autrefois conféré à l'existence ou l'absence d'une démarche européenne commune, le juge européen ne se livre pas – comme nous le craignons au début de ce Titre 1er – à une application totalement libérée du principe de subsidiarité puisqu'il va, au contraire, recourir à de nouveaux critères d'application.

593. L'instrumentalisation du principe de subsidiarité s'inscrit donc, en second lieu, au cœur d'une volonté pratique du juge européen de faire de ce principe – flou et ambigu – un moyen utile de contournement des contentieux qu'il se refuse à arbitrer. Au critère du

²¹¹¹ L. BURGORGUE-LARSEN, « Actualité de la Convention EDH », *AJDA*, 2013, p. 1794.

consensus, il substitue donc de « nouveaux » paramètres d'application du principe de subsidiarité que sont, pour l'essentiel, la nature du but légitime ainsi que le domaine de l'affaire en cause. En raison de la variabilité de la jurisprudence européenne, d'autres critères peuvent toutefois intervenir dans le contrôle du juge afin de guider les variations de la subsidiarité, le but légitime et le domaine de l'affaire n'étant, en aucune manière, des critères inconditionnels et systématiques.

594. Le juge des droits de l'homme ne paraît ainsi plus hésiter à brandir l'argument de la subsidiarité lorsque lui sont soumises des questions sensibles de société ou relevant traditionnellement de la souveraineté des Etats membres et sur lesquelles il ne souhaite pas intervenir, jugeant donc l'Etat membre seul compétent pour décider. La mobilisation du principe de subsidiarité – à l'exemple des autres principes interprétatifs du droit européen – relèvera davantage d'un « *choix tactique* »²¹¹², déterminé en fonction de l'objectif envisagé (i.e. se saisir ou non de l'affaire, prendre ou non position sur le contentieux en jeu, sanctionner ou non l'Etat membre). Par ce choix volontaire de rétrocéder aux Etats membres leur liberté d'appréciation et de décision, en fonction de la nature et de l'objet du litige, la Cour européenne se livre bien à une « instrumentalisation » du principe fondamental de subsidiarité, entendue au sens d'une utilisation délibérément orientée du principe. Cette instrumentalisation de la subsidiarité conventionnelle semble toutefois se justifier au regard de la politique jurisprudentielle actuelle du juge européen, visant à responsabiliser les Etats membres. La mise en œuvre *stratégique* du principe de subsidiarité s'exprime donc, ensuite, au travers de l'objectif poursuivi par la Cour de Strasbourg, à savoir inscrire la subsidiarité au cœur d'une politique jurisprudentielle de responsabilisation des Etats membres.

²¹¹² B. BELDA, *Les droits de l'homme des personnes privées de liberté: Contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Bruylant, 2010, p. 6. Voir également B. DELZANGLES, *Activisme et autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, Fondation Varenne, 2009, p. 283 qui affirme que « l'affichage des principes sous-jacents au mécanisme européen prend surtout la forme d'une manœuvre de la juridiction pour parvenir à un but précis : surexploiter sa compétence d'appréciation ou, au contraire, surévaluer la liberté d'appréciation des Etats parties tout en légitimant sa conduite ».

TITRE 2 : L'INSCRIPTION DU PRINCIPE DE SUBSIDIARITÉ AU CŒUR D'UNE POLITIQUE JURISPRUDENTIELLE DE RESPONSABILISATION DES ÉTATS

595. Ainsi que le confirme le Professeur Denys SIMON, dans un ordre juridique international, les solutions jurisprudentielles ne résultent pas d'une application automatique des règles de droit mais comportent, au contraire, une large part de construction prétorienne²¹¹³. C'est pourquoi, « *le recours intensif des juridictions internationales à des notions indéterminées s'explique moins par une ambiguïté objective des règles utilisées, que par une attitude consciente et volontaire visant à maintenir, voire à renforcer, la flexibilité des principes applicables dans l'ordre juridique international* »²¹¹⁴. Ainsi, poursuit-il, le recours aux notions élastiques, floues et ambiguës – telles que peut l'être la subsidiarité – « *consiste pour les juridictions internationales à se donner les moyens de faire accepter leur stratégie jurisprudentielle* »²¹¹⁵. En d'autres termes, et parce que l'activité juridictionnelle – même européenne²¹¹⁶ – « *n'est pas exclusivement juridique mais également politique* »²¹¹⁷, le principe de subsidiarité, ainsi mobilisé par le juge de Strasbourg, s'inscrirait donc *in fine* au cœur d'une politique jurisprudentielle²¹¹⁸ visant à encourager la responsabilisation des Etats membres dans la protection nationale du droit européen des droits de l'homme. Toutefois, c'est très généralement accompagné de contraintes substantielles et/ou procédurales que le contentieux des droits de l'homme se verra « transféré » en droit interne, tant il est rare de voir le juge de Strasbourg donner un véritable blanc-seing aux autorités nationales, dans la manière de procéder, pour mettre en œuvre la Convention²¹¹⁹. L'instrumentalisation du

²¹¹³ D. SIMON, « L'usage de concepts élastiques dans la jurisprudence internationale : impressionnisme ou réalisme ? », in *Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco*, Carl Heymanns Verlag, 1983, p. 718.

²¹¹⁴ *Ibid.*, p. 716.

²¹¹⁵ *Ibid.*, (souligné par nous).

²¹¹⁶ E. DUBOUT, « Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la Cour européenne », *RTDH*, 2008, n°74, pp. 383-418.

²¹¹⁷ *Ibid.*, p. 387.

²¹¹⁸ Par l'expression de « politique jurisprudentielle », il conviendra de comprendre « *le chemin suivi par cette dernière dans un domaine particulier ou sur une question spécifique. Elle entend donc être au fondement de la jurisprudence, comme soubassement des décisions, ligne directrice et donc inspiratrice du juge. Elle veut être le souffle qui guide la jurisprudence* » (G. CANIVET et N. MOLFESSIS, « La politique jurisprudentielle », in *Mélanges en l'honneur de J. BORE, la création du droit jurisprudentiel*, Dalloz, 2007, p. 80).

²¹¹⁹ Voir, néanmoins, les affaires Cour EDH, Gde ch., 16 décembre 2010, *A, B et C c. Irlande*, *op. cit.* ; Cour EDH, Gde ch., 7 juillet 2011, *Stummer c. Autriche*, *op. cit.* ; Cour EDH, Gde ch., 29 mars 2010, *Depalle c. France*, *op. cit.* et Cour EDH, Gde ch., 29 mars 2010, *Brosset-Triboulet et autres c. France*, *op. cit.*

principe de subsidiarité par le juge européen²¹²⁰ s'inscrirait donc dans une stratégie de *mutation-reformulation* du principe, afin d'encadrer et orienter les autorités nationales dans l'application et la protection des garanties en droit interne.

596. Rappelons ainsi, dans un premier temps, que la « *conception du principe de subsidiarité [se veut] initialement protectrice du droit interne des Etats* »²¹²¹ et présente, en ce sens, trois principales caractéristiques²¹²². Tout d'abord, il protège l'autonomie nationale dans la mesure où l'Etat est prioritairement compétent pour protéger les droits de l'homme dans son ordre juridique interne. La Cour n'aura ainsi de cesse de répéter qu'« *elle ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention* »²¹²³. Ensuite, il suppose la reconnaissance d'une marge nationale d'appréciation dès lors que les autorités nationales sont *a priori* mieux placées – en raison de leur meilleure connaissance des conditions locales – que la Cour, pour se prononcer. Enfin, la règle de l'épuisement des voies de recours internes, traduction par excellence du principe de subsidiarité, est initialement voulue – bien que dénaturée par la suite²¹²⁴ – comme protectrice des intérêts des Etats, qui doivent avoir eu la possibilité de redresser eux-mêmes les griefs invoqués.

597. Comme le souligne également l'avocat général Régis DE GOUTTES, « *ce n'est [donc] que dans un second temps que la Cour européenne est passée à une phase de jurisprudence beaucoup plus normative, créatrice et constructive, animée par la volonté d'harmonisation du droit par le haut et de promotion d'un droit commun européen, en interprétant le principe de subsidiarité dans un sens plus restrictif pour le pouvoir des autorités et des juges nationaux* »²¹²⁵. Le Professeur David SZYMCZAK²¹²⁶ constate lui aussi cette « *redéfinition du principe* » qui a ainsi subi plusieurs évolutions : une première phase de « *subsidiarité-préservation* » des souverainetés étatiques et une seconde phase de

²¹²⁰ Voir *supra*, Partie 2, Titre 1.

²¹²¹ R. DE GOUTTES, « La priorité substantielle du droit interne », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, édition Nemesis, Anthemis, 2014, p. 41.

²¹²² *Ibid.*

²¹²³ Cour EDH, 23 juillet 1968, *Affaire "relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique" c. Belgique*, req. n°1474/62, série A n°6, § 10 ; *GACEDH*, n°9 ; *JT*, 1969, pp. 381-385, obs. J. LEPAFFE.

²¹²⁴ Voir *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2.

²¹²⁵ R. DE GOUTTES, « La priorité substantielle du droit interne », *op. cit.*, p. 43 (souligné par nous).

²¹²⁶ D. SZYMCZAK, « Rapport introductif : Le principe de subsidiarité dans tous ses états », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, édition Nemesis, Anthemis, 2014, p. 35 et suiv.

« *subsidiarité-conquérante* », si bien qu'on pourrait la qualifier de « *subsidiarité inversée* ». C'est en ce sens que se dessine donc *la mutation* du principe de subsidiarité, passant d'une subsidiarité-liberté à une subsidiarité-encadrée, désormais énonciatrice de contraintes étatiques. La politique jurisprudentielle européenne de responsabilisation des Etats s'oriente donc vers une mutation-reformulation du principe de subsidiarité, introduit à l'origine comme un principe d'encadrement de la décision juridictionnelle européenne et désormais érigé comme un principe d'encadrement des libertés étatiques (**Chapitre 1**). Or, toute politique jurisprudentielle construite par le juge, résulte d'un choix répondant nécessairement à *un besoin*²¹²⁷. Ainsi cette politique de responsabilisation des Etats qui irrigue l'ensemble de la jurisprudence européenne semble motivée et justifiée par le besoin – vital et premier – de solutionner l'engorgement sans précédent du prétoire strasbourgeois. En d'autres termes, la reformulation du principe de subsidiarité, porteuse d'espoir de donner au système conventionnel un second souffle²¹²⁸, apparaît donc au service d'une renationalisation urgente et nécessaire du contentieux européen (**Chapitre 2**). Cette subsidiarité serait donc bien largement prédéterminée par le juge de Strasbourg, si bien que certains auteurs la disent « *codéterminée* », tant par des facteurs endogènes relatifs à la recherche de pérennité du système, qu'exogènes relatifs aux réactions et susceptibilités des Etats européens²¹²⁹.

²¹²⁷ G. CANIVET et N. MOLFESSIS, « La politique jurisprudentielle », *op. cit.*, p. 84. Les auteurs précisent donc qu'« *admettre qu'il existe une politique jurisprudentielle, c'est poser en postulat l'aptitude du juge à agir sur les situations sociales comme l'entend normalement le législateur* ».

²¹²⁸ Référence à l'expression du Président de la Cour européenne, Jean-Paul COSTA, prononcée lors de la conférence des 26 et 27 avril 2011 à Izmir sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme.

²¹²⁹ D. SZYMCZAK, « Rapport introductif : Le principe de subsidiarité dans tous ses états », *op. cit.*, p. 36.

CHAPITRE 1 : UNE MUTATION DE LA SUBSIDIARITÉ EN UN PRINCIPE D'ENCADREMENT DES LIBERTÉS ÉTATIQUES

599. La mutation du principe de subsidiarité-liberté en une subsidiarité encadrée ou contraignante – désormais énonciatrice de contraintes étatiques et non plus protectrice de l'autonomie nationale – semble avoir été amorcée dans le symbolique et médiatique arrêt Kudla contre Pologne du 26 octobre 2010. En l'espèce, le principe de subsidiarité est en effet invoqué, non plus pour justifier une certaine retenue du juge ou sauvegarder la liberté nationale dans l'application de la Convention en droit interne, mais bien à l'appui d'un énoncé d'obligations positives à charge de l'Etat membre²¹³⁰. Comme le souligne une thèse de doctorat, « *au lieu de déduire [du principe] une marge nationale d'appréciation, elle en tire une nouvelle obligation pour les juridictions nationales : celle d'appliquer l'article 6 § 1. Le principe de subsidiarité [...] permet ainsi à la Cour de justifier le transfert vers le juge interne du contentieux du délai raisonnable. Il n'est plus ici fondement de liberté pour les Etats mais source de contraintes* »²¹³¹. La Cour invoque donc pour la première fois le principe fondamental de subsidiarité pour justifier un encadrement de l'autonomie nationale dans le sens d'une responsabilisation des Etats membres et, entre autres, pour renforcer la mission de juge de droit commun des juridictions nationales.

600. Le juge européen s'est ainsi progressivement immiscé au sein des règles procédurales nationales²¹³², exerçant parfois un contrôle excessif, peu respectueux des traditions nationales, à l'exemple du très critiqué arrêt Kress contre France du 7 juin 2001, concernant la participation du commissaire du gouvernement au délibéré du Conseil d'Etat, jugée non conforme au principe de l'égalité des armes²¹³³. Cette immixtion du juge européen au sein des procédures nationales est telle que le Professeur Laure MILANO en déduit un dépassement du principe de subsidiarité, du fait du passage *d'un standard* commun à un

²¹³⁰ Cour EDH, Gde ch., 26 octobre 2000, *Kudla c. Pologne*, req. n°30210/96, § 152 ; *GACEDH*, n°40.

²¹³¹ B. DELZANGLES, « Le rôle du juge national comme garant de la Convention européenne des droits de l'homme : renforcement ou affaiblissement ? », in D. LOCHAK (dir.), *Mutations de l'Etat et protection des droits de l'homme*, Presses Universitaires de Paris 10, 2006, p. 106.

²¹³² Voir, par exemple, R. DE GOUTTES, « Les ambivalences de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 2001 », in *La France et la Cour européenne des droits de l'homme*, Cahier du CREDHO n°8, 2002.

²¹³³ Cour EDH, Gde ch., 7 juin 2001, *Kress c. France*, req. n°39594/98, Rec. 2001-VI ; *RTDH*, 2004, n°58, pp. 353-364, comm. H. TIGROUDJA.

modèle commun processuel²¹³⁴ et constate cette tendance à l'uniformisation des garanties procédurales, tout particulièrement en ce qui concerne le contrôle des lois rétroactives ou encore des ministères publics²¹³⁵. Or, il est évident que ce phénomène de subjectivisation des garanties procédurales accroît la responsabilité des Etats, puisque source d'obligations positives toujours plus contraignantes à leur égard²¹³⁶. Ce phénomène de multiplication des obligations positives va globalement irriguer l'ensemble de l'encadrement européen des libertés nationales, que ce soit dans la mise en œuvre de la Convention en droit interne, *via* un encadrement des autorités nationales législatives, exécutrices ou judiciaires, ou en matière d'exécution des arrêts de la Cour, *via* un encadrement des moyens à mettre en œuvre pour se conformer aux arrêts de condamnation. Mais à l'encadrement manifestement *procédural* de la liberté nationale, s'additionne également un encadrement *substantiel* des méthodes de contrôle du juge national. Pourtant, découle directement de la notion de subsidiarité-liberté, un principe central de libre choix des moyens de l'Etat²¹³⁷. Ce principe joue, d'une part, en amont du contrôle européen, dès lors que, de longue date, « *les autorités nationales demeurent libres de choisir les mesures qu'elles estiment appropriées dans les domaines régis par la Convention* »²¹³⁸. Ainsi, n'incombe normalement au juge de Strasbourg que le contrôle du résultat poursuivi par la Convention, à savoir celui d'une protection effective des droits de l'homme en Europe, peu importe donc les moyens législatifs, exécutifs ou réglementaires employés pour y parvenir²¹³⁹. Ce principe du libre choix des moyens de l'Etat joue, d'autre part, en aval du contrôle strasbourgeois, s'agissant de l'exécution des arrêts de la Cour qui – du fait de leur caractère déclaratoire²¹⁴⁰ – ne sont porteurs que d'une obligation de résultat, en conformité d'ailleurs avec les impératifs découlant du droit international général²¹⁴¹.

²¹³⁴ L. MILANO, « Un droit commun processuel », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, édition Nemesis, Anthemis, 2014, p. 212.

²¹³⁵ *Ibid.*, p. 124 et suiv.

²¹³⁶ *Ibid.*, p. 230.

²¹³⁷ J. CALLEWAERT, « Article 53 », in L-E. PETTITI, E. DECAUX et P-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica, 1999, pp. 847-856.

²¹³⁸ Cour EDH, 23 juillet 1968, *Affaire "relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique" c. Belgique*, req. n°1474/62, série A n°6, §10 ; *GACEDH*, n°9 ; *JT*, 1969, pp. 381-385, obs. J. LEPAFFE.

²¹³⁹ Cour EDH, Gde ch., 16 novembre 2010, *Taxquet c. Belgique*, req. n°926/05, Rec. 2010, § 84 : « *la tâche de la Cour consiste [seulement] à rechercher si la voie suivie a conduit [...] à des résultats compatibles avec la Convention* » ; *JCP G.*, 2010, n°50, 1250, obs. F. SUDRE.

²¹⁴⁰ Voir *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, § 1.

²¹⁴¹ En droit international classique, les moyens par lesquels l'Etat doit s'acquitter de ses obligations internationales ne sont en principe pas déterminés. En effet, ces moyens dépendent naturellement du type d'organisation interne de l'Etat et relèvent du libre usage de son droit à l'autodétermination, le droit international ne pouvant alors intervenir sans empiéter sur un domaine appartenant souverainement à l'Etat. Il revient donc librement à celui-ci de déterminer tant son organisation politique interne, que son organisation législative,

601. Toutefois, en raison de la redéfinition des critères d'application de la subsidiarité et de la mutation générale de ce principe, la Cour va progressivement poser un cadre européen à la fois substantiel et procédural, qui conditionne d'une part, le comportement des autorités nationales – passant par là-même d'une obligation de résultat à une obligation de moyen – et confirme d'autre part – malgré des degrés d'encadrement ou d'atténuation du contrôle européen variant selon les affaires – l'édiction d'un principe d'encadrement des libertés étatiques. La mutation du principe de subsidiarité-liberté, en une subsidiarité-contraignante, provoque donc un net conditionnement des autonomies nationales, que ce soit d'une part, dans la protection interne des garanties européennes (**Section 1**) ou d'autre part, en matière d'exécution des arrêts de la Cour (**Section 2**).

SECTION 1 : UN ENCADREMENT DES LIBERTÉS NATIONALES DANS LA PROTECTION INTERNE DES GARANTIES

602. Depuis quelques années, le juge européen des droits de l'homme tend à développer un encadrement de plus en plus poussé de la protection nationale des garanties conventionnelles, contrariant par là même, le caractère subsidiaire du système européen et plus spécifiquement, le principe du libre choix des moyens de mise en œuvre de la Convention en droit interne. La contrainte pourra être de nature substantielle et s'exprimer, par exemple, au travers d'une systématisation européenne des méthodes de contrôle du juge européen s'imposant aux juridictions nationales et s'effectuant, notamment, *via* l'énoncé d'une grille précise de critères de contrôle à destination des tribunaux nationaux. Mais la contrainte pourra également être de nature procédurale et s'exprimer, *via* l'énoncé d'obligations positives, imposant aux autorités nationales de procéder à une enquête effective

judiciaire ou encore administrative. Cependant, la liberté du choix des moyens à mettre en œuvre pour se conformer aux impératifs internationaux, « *ne doit pas rendre ces devoirs moins effectifs ou incertains* » ; les carences de la législation nationale ne l'exemptent nullement d'accomplir ses devoirs internationaux ni n'excluent sa responsabilité. Voir, notamment, D. ANZILOTTI, « La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers », *RGDIP*, 1906, p. 26 et suiv. et J. COMBACAU, « Obligations de résultat et obligations de comportement – quelques questions et pas de réponse », in *Le droit international, unité et diversité. Mélanges offerts à Paul REUTER*, Pedone, 1981, pp. 181-204.

menée de manière officielle²¹⁴², de pénaliser certains comportements répréhensibles²¹⁴³ ou encore d'informer les justiciables des éventuels risques qu'ils encourent²¹⁴⁴. Cette multiplication des obligations positives procédurales va notamment conduire à l'émergence d'« obligations de prévention »²¹⁴⁵, particulièrement précises et détaillées, ne laissant plus aucune marge de manœuvre à l'Etat dans les moyens à prendre pour se conformer à son obligation conventionnelle²¹⁴⁶. Or, dans ce cas, « *ladite obligation n'est [plus] une obligation de résultat, mais de moyens* »²¹⁴⁷.

603. Par ailleurs, en raison de la place grandissante accordée dans la jurisprudence européenne aux obligations positives procédurales²¹⁴⁸, apparaît également de manière concomitante, une montée en puissance d'un mouvement de procéduralisation des droits substantiels et par conséquent, d'une procéduralisation du contrôle européen²¹⁴⁹. En effet, ce mouvement jurisprudentiel consiste « *à introduire des obligations, voire des considérations, procédurales relatives au processus national de production normative, au sein du contrôle de fond des droits garantis par la Convention, de sorte que ce dernier ne porte plus seulement sur la qualité des résultats mais aussi sur celle des moyens par lesquels la décision nationale litigieuse a été adoptée* »²¹⁵⁰. Pourtant, la Cour va clairement au-delà de son rôle subsidiaire dès lors qu'elle « *déduit des dispositions conventionnelles, des exigences qui la font sortir du*

²¹⁴² Parmi d'autres, Cour EDH, 22 juillet 2004, *Slimani c. France*, req. n°57671/00, Rec. 2004-IX, § 29 ; *JDI*, 2005, n°2, pp. 505-506, note M. EUDÉS ; Cour EDH, 15 septembre 2015, *Poede c. Roumanie*, req. n°40549/11, § 52 et suiv. ; Cour EDH, 12 novembre 2015, *Rustam Khodzhayev c. Russie*, req. n°21049/06, § 58 et suiv.

²¹⁴³ Cour EDH, 4 décembre 2003, *MC c. Bulgarie*, req. n°39272/98, Rec. 2003-XII, § 153 ; *RTD civ.*, 2004, n°2, pp. 364-365, chron. J-P. MARGUENAUD et J. RAYNARD.

²¹⁴⁴ Cour EDH, Gde ch., 19 février 1998, *Guerra c. Italie*, req. n°14967/89, Rec. 1998-I, § 60 ; *RGDIP*, 1998, n°4, pp. 995-1021, comm. S. MALJEAN-DUBOIS.

²¹⁴⁵ Notamment lorsque la Cour impose à l'Etat membre une obligation de mener une enquête officielle et effective. Voir O. DE SCHUTTER, « La subsidiarité dans la Convention européenne des droits de l'homme : la dimension procédurale », in M. VERDUSSEN (dir.), *L'Europe de la subsidiarité*, Bruylant, 2000, p. 67.

²¹⁴⁶ Dans Cour EDH, 27 janvier 2011, *Iordanovi c. Bulgarie*, req. n°10907/04, § 65, la Cour précise, par exemple, que « *l'effectivité de l'enquête exige que les autorités prennent les mesures raisonnables pour assurer l'obtention des preuves relatives aux faits en question, y compris, entre autres, les dépositions des témoins oculaires, des expertises et, le cas échéant, une autopsie propre à fournir un compte rendu complet et précis des blessures et une analyse objective des constatations cliniques, notamment de la cause du décès* ».

²¹⁴⁷ O. DE SCHUTTER, « La subsidiarité dans la Convention européenne des droits de l'homme : la dimension procédurale », *op. cit.*, p. 67.

²¹⁴⁸ J-F. FLAUSS, « La procéduralisation des droits substantiels de la Convention européenne des droits de l'homme au service de la lutte contre les pollutions et nuisances », in *Mélanges en l'honneur de M. Prieur, Pour un droit commun de l'environnement*, Dalloz, 2007, p. 1267.

²¹⁴⁹ Ce phénomène de procéduralisation n'est pas propre au système de la Convention européenne mais se retrouve également en droit de l'Union européenne. Voir, par exemple, O. DE SCHUTTER, « La procéduralisation du droit européen. Propositions institutionnelles » in P. COPPENS et J. LENOBLE (dir.), *Démocratie et procéduralisation du droit*, Bruylant, 2000, pp. 313-350.

²¹⁵⁰ E. DUBOUT, « Procéduralisation et subsidiarité du contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, édition Nemesis, Anthemis, 2014, p. 226.

terrain du contenu des droits et la placent sur celui de leur mise en œuvre »²¹⁵¹. D'autres exemples d'un encadrement manifeste des libertés étatiques dans la mise en œuvre et la protection interne des garanties pourraient être mentionnés, à l'exemple de l'affirmation jurisprudentielle du caractère obligatoire des mesures provisoires qui vient désormais encadrer – sur le terrain de la suspension temporaire d'une mesure nationale portant atteinte aux droits fondamentaux du requérant – la liberté des autorités nationales²¹⁵². Cette subsidiarité désormais encadrée, nous semble néanmoins s'exprimer tout particulièrement au travers d'un corpus d'exigences procédurales de plus en plus précises mais aussi, également, au travers d'un encadrement substantiel de la manière dont le juge national doit procéder dans l'exercice de son contrôle. Ainsi, l'encadrement des libertés nationales dans la protection interne des garanties peut être de différents ordres. D'une part, l'intensification du mouvement jurisprudentiel de procéduralisation des droits, causant par là même une intensification du contrôle européen, pourra être source d'un encadrement graduel – tantôt partiel, tantôt global – de l'autonomie nationale (§. 1). D'autre part, la refondation des méthodes de contrôle du juge européen (en partie induite par ce mouvement de procéduralisation) pourra être source d'un double encadrement – procédural mais aussi substantiel – de l'examen législatif et judiciaire interne des ingérences (§. 2).

§1- Une intensification du mouvement de procéduralisation des droits

604. Par ce « *processus d'adjonction jurisprudentielle d'une obligation procédurale à la charge des autorités nationales, destiné à renforcer la protection interne d'un droit substantiel garanti par la Convention* »²¹⁵³, le juge des droits de l'homme provoque une sorte d'autonomisation du volet substantiel et du volet procédural d'un même droit, si bien qu'un manquement à l'obligation procédurale sera alors, à elle seule, susceptible d'engager la responsabilité des Etats membres. Ce phénomène, qui vise à assurer l'effectivité des droits substantiels en les entourant de garanties procédurales, touche surtout, à l'origine, les « *hard*

²¹⁵¹ B. DELZANGLES, *Activisme et autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, Fondation Varenne, 2009, p. 136.

²¹⁵² Cour EDH, Gde ch., 4 février 2005, *Mamatkoulou et Askarov c. Turquie*, req. n°46827/99 et 46951/99, Rec. 2005-I ; *RGDIP*, 2005, n°109-2, pp. 421-434, comm. G. COHEN-JONATHAN.

²¹⁵³ E. DUBOUT, « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, n°70, 2007, p. 398.

core of human rights »²¹⁵⁴ pour finalement se généraliser à l'ensemble des droits conventionnels substantiels. La Cour va, par ailleurs, se livrer à l'établissement d'une véritable typologie des garanties procédurales pouvant se distinguer en deux catégories d'obligations²¹⁵⁵. D'une part, il y a les obligations procédurales de réparation qui touchent essentiellement le terrain des articles 2 et 3 de la Convention et imposent, par exemple, des obligations d'enquête effective²¹⁵⁶, d'identification et de pénalisation des responsables²¹⁵⁷ et ce, même dans les rapports entre personnes privées²¹⁵⁸, offrant donc aux Etats membres une liberté d'appréciation très limitée, surtout en matière pénale. D'autre part, il y a les obligations procédurales de concertation ou de conciliation qui portent essentiellement sur le terrain de l'article 8 de la Convention et imposent, par exemple, des obligations d'information et de participation du public par divers processus de consultation²¹⁵⁹.

605. Sans qu'il soit nécessaire de revenir sur les prémices et les évolutions de cette technique prétorienne, également mobilisée par la Cour interaméricaine des droits de l'homme²¹⁶⁰ notamment, notons que ce mouvement de procéduralisation des droits entretient un rapport singulier avec le principe de subsidiarité. D'une part, il peut être en effet considéré comme respectueux du caractère subsidiaire du contrôle européen, dans la mesure où il permet à la Cour de ne pas avoir à juger du fond de l'affaire. Il repose ainsi sur une volonté de « subsidiariser » davantage le contrôle du juge dès lors que l'examen des exigences procédurales heurterait, de manière moins frontale, la susceptibilité des Etats parties²¹⁶¹. Mais cette subsidiarité sera néanmoins encadrée, contraignante pour les Etats, qui devront respecter

²¹⁵⁴ K. HAJIEV, « The evolution of positive obligations under the european convention of human rights - by the European court of human rights », in *Mélanges en l'honneur de Ch. L. ROZAKIS, La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant*, Bruylant, 2011, pp. 207-218.

²¹⁵⁵ C. MADELAINE, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 2014, p. 378 et suiv.

²¹⁵⁶ Cour EDH, Gde ch., 28 juillet 1999, *Selmouni c. France*, req. n°25803/94, Rec. 1999-V, § 79 et suiv ; *GACEDH*, n°14 ; *JCP G.*, 1999, n°44, II 10193, comm. F. SUDRE ; *RGDIP*, 2000, n°1, pp. 181-203, comm. G. COHEN-JONATHAN.

²¹⁵⁷ Cour EDH, Gde ch., 30 novembre 2004, *Oneryildiz c. Turquie*, req. n°48939/99, Rec. 2004-XII, § 115 et suiv. ; *GACEDH*, n°66 ; *JDI*, 2005, n°2, pp. 506-509, note P. TAVERNIER ; *RDP*, 2005, n°3, pp. 755-831, chron. F. SUDRE et al.

²¹⁵⁸ Cour EDH, 4 décembre 2003, *MC c. Bulgarie*, req. n°39272/98, Rec. 2003-XII ; *RTD civ.*, 2004, n°2, pp. 364-365, chron. J-P. MARGUENAUD et J. RAYNARD.

²¹⁵⁹ Voir, notamment en ce sens, Cour EDH, Gde ch., 8 juillet 2003, *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, req. n°36022/97, Rec. 2003-VIII, § 128 ; *AJDA*, 2005, n°10, pp. 541-551, chron. J-F. FLAUSS.

²¹⁶⁰ Voir, par exemple, K. MARTIN-CHENUT, « Le renforcement des obligations positives de nature pénale dans la jurisprudence interaméricaine : l'exemple des graves violations des droits de l'homme commises pendant les dictatures des pays du Côte Sud », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2012, n°3, pp. 705-725.

²¹⁶¹ J-F. FLAUSS, « La procéduralisation des droits substantiels de la Convention européenne des droits de l'homme au service de la lutte contre les pollutions et nuisances », in *Mélanges en l'honneur de M. Prieur, Pour un droit commun de l'environnement*, Dalloz, 2007, p. 1267.

l'ensemble des obligations procédurales découvertes par la Cour. D'autre part, il peut être considéré comme attentatoire au principe, dès lors que cette procéduralisation s'ajoute aux obligations substantielles maintenues et que cet excès d'obligations procédurales et substantielles vient contrarier la liberté des Etats. En d'autres termes, soit la procéduralisation renforce le principe de subsidiarité lorsqu'elle *substitue* à l'exigence substantielle une exigence procédurale *alternative* qui diminue donc l'intensité du contrôle européen²¹⁶², soit elle permet de renforcer la contrainte étatique puisqu'elle adjoint à l'exigence substantielle, une exigence procédurale *cumulative* qui se *rajoute* à l'obligation conventionnelle²¹⁶³. Dans un cas comme dans l'autre, les libertés nationales n'en restent pas moins encadrées, que ce soit de manière partielle lorsque la Cour statue uniquement sur le volet procédural et participe donc à la consolidation d'une subsidiarité (néanmoins encadrée) (A), ou de manière globale, lorsque la Cour statue sur les volets substantiels et procéduraux, causant par là même, un anéantissement du principe de subsidiarité (B). En d'autres termes, l'autonomie nationale peut être graduellement encadrée.

A- Un encadrement partiel de l'autonomie nationale

606. La technique de la procéduralisation des droits est perçue par doctrine et les juges, comme le « *corollaire naturel et fécond de [...] la marge et à travers elle, de la subsidiarité de l'office assumé par la Cour européenne* »²¹⁶⁴. Par ce biais, le juge européen se

²¹⁶² C'est ce que le Professeur Edouard DUBOUT appelle « *la forme substitutive de la procéduralisation* » dans laquelle « *l'adjonction d'obligations procédurales est utilisée afin de remplacer le contrôle substantiel du respect des droits protégés* » ; E. DUBOUT, « Procéduralisation et subsidiarité du contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 281.

²¹⁶³ C'est ce que le Professeur Edouard DUBOUT nommera alors « *la procéduralisation supplétive* » dans laquelle « *l'adjonction d'obligations procédurales est destinée à renforcer le contrôle du respect des droits protégés* » ; E. DUBOUT, « Procéduralisation et subsidiarité du contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 277. Il propose d'ailleurs « *des critères permettant de savoir dans quels cas la procéduralisation aura tendance à être supplétive ou substitutive, favorable ou défavorable à la marge de discrétion des Etats et à la subsidiarité du contrôle européen* » (p. 283). Ainsi, un premier type de critères – de nature axiologique – guiderait le juge européen dans la mesure où la forme substantive apparaît davantage lorsque la Cour est confrontée à des questions de fond délicates, des domaines sensibles, qui appellent une reconnaissance de la subsidiarité et qui rejoint d'ailleurs nos propres conclusions (Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2). Un type de critères, plus techniques, interviendrait également selon d'une part, le degré d'imbrication de l'obligation substantielle et procédurale, et d'autre part, le type de mesures litigieuses en cause.

²¹⁶⁴ Voir, F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'évolution des droits garantis et l'interprétation juridictionnelle de la Convention européenne des droits de l'homme », Table ronde dans le cadre de la 3^{ème} Académie Européenne d'Eté, Grenoble, 27 septembre 2002, p. 20, disponible sur : <http://cejm.upmf-grenoble.fr/userfiles/TULKENS.pdf> ainsi que l'opinion concordante commune des juges TULKENS et KELLER jointe à l'arrêt Cour EDH, 10 juillet 2012, *B. c. Belgique*, req. n°4320/11.

livre en effet à un encadrement *partiel* de l'autonomie nationale procédurale et laisse donc aux Etats membres toute latitude pour appliquer la Convention dans sa dimension substantielle. C'est ce que le Professeur Edouard DUBOUT appelle « *la forme substitutive de la procéduralisation* »²¹⁶⁵ dans laquelle « *l'adjonction d'obligations procédurales est utilisée afin de remplacer le contrôle substantiel du respect des droits protégés* »²¹⁶⁶.

607. Dans l'affaire Tysiac contre Pologne²¹⁶⁷ par exemple, portant sur l'impossibilité d'avoir accès à un avortement thérapeutique légal, la Cour refuse de traiter du fond de l'affaire, ne souhaitant pas avoir à se prononcer sur la question litigieuse d'un droit à l'avortement et se plaçant donc, pour ce faire, sur le seul terrain des obligations positives procédurales²¹⁶⁸. Elle sanctionne ainsi l'Etat au titre de la dimension procédurale de l'article 8 dans la mesure où aucun mécanisme effectif ne permettait de déterminer si les conditions à remplir, pour bénéficier d'un avortement légal, étaient réunies dans le cas d'espèce²¹⁶⁹. Sur un tout autre domaine – le droit à un environnement sain, particulièrement sujet à une procéduralisation d'ailleurs – le juge européen va se retrancher derrière « *le rôle fondamentalement subsidiaire du mécanisme de la Convention* »²¹⁷⁰ afin de concentrer une nouvelle fois son analyse sur la seule dimension procédurale du litige en cause. Dans la célèbre affaire Hatton et autres contre Royaume-Uni²¹⁷¹, la Grande chambre conclut donc à la non-violation de l'article 8 dans la mesure où les autorités britanniques ont respecté un processus décisionnel comportant la réalisation d'enquêtes et d'études appropriées, de manière à permettre l'établissement d'un juste équilibre entre les divers intérêts concurrents en jeu²¹⁷². Par conséquent, si l'Etat s'est correctement livré à une analyse procédurale du litige, la Cour européenne pourra conclure à la conventionnalité substantielle de l'ingérence étatique. Parmi d'autres, l'affaire X contre Lettonie²¹⁷³ peut être également mentionnée comme illustration d'un contrôle purement procédural du litige. Dans cet arrêt, la Grande chambre va en effet

²¹⁶⁵ E. DUBOUT, « Procéduralisation et subsidiarité du contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 281.

²¹⁶⁶ *Ibid.*

²¹⁶⁷ Cour EDH, 20 mars 2007, *Tysiac c. Pologne*, req. n°5410/03, Rec. 2007 ; *RTD Civ.*, 2007, n°2, pp. 292-295, note J-P. MARGUENAUD.

²¹⁶⁸ Elle procédera également à l'identique dans les affaires Cour EDH, Gde ch., 16 décembre 2010, *A, B et C c. Irlande*, req. n°25579/05 ; *op. cit.* et Cour EDH, 26 mai 2011, *R. R. c. Pologne*, req. n°27617/04 ; *JCP G.*, 2011, n°35, pp. 1506-1512, chron. F. SUDRE.

²¹⁶⁹ Cour EDH, 20 mars 2007, *Tysiac c. Pologne*, *op. cit.*, § 124.

²¹⁷⁰ Cour EDH, Gde ch., 8 juillet 2003, *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, req. n°36022/97, Rec. 2003-VIII, § 97 ; *JCP G.*, 2004, n°5, pp. 181-186, chron. F. SUDRE.

²¹⁷¹ *Ibid.*

²¹⁷² *Ibid.*, § 128.

²¹⁷³ Cour EDH, Gde ch., 26 novembre 2013, *X c. Lettonie*, req. n°27853/09 ; *JCP G.*, 2013, n°51, p. 2339, note G. GONZALEZ ; *JCP G.*, 2014, n°3, doct. 78, chron. F. SUDRE.

dégager une obligation procédurale particulière, puisque « *dans le cadre de l'examen de la demande de retour de l'enfant, les juges doivent non seulement examiner des allégations défendables de "risque grave" [...], mais également se prononcer, à ce sujet, par une décision spécialement motivée, au vu des circonstances* »²¹⁷⁴ de l'affaire. Or, dans l'appréciation d'espèce, la Cour considère que les juridictions nationales n'ont pas examiné effectivement ces allégations et conclut, au terme d'un contrôle purement procédural, à l'inconventionnalité du processus décisionnel du droit interne²¹⁷⁵. Enfin, l'affaire *Altuğ et autres contre Turquie* du 30 juin 2015²¹⁷⁶ – traitant du décès d'une patiente causée par une allergie médicamenteuse – peut-être en dernier lieu citée comme exemple où le juge concentre son contrôle sur le seul volet procédural de l'article 2 de la Convention et constate une violation de celui-ci en raison de l'absence de recours effectifs permettant d'assurer le respect du cadre législatif et réglementaire conçu pour protéger le droit à la vie des patients placés sous la responsabilité des professionnels de santé.

608. L'objectif d'une telle procéduralisation apparaît donc double.

D'une part, elle permet de rendre la violation plus acceptable pour l'Etat, le constat d'inconventionnalité sur le terrain procédural étant symboliquement moins important que sur le terrain substantiel d'un droit. En effet, « *les Etats se sentiront moins atteints dans leur souveraineté* »²¹⁷⁷ dans la mesure où le constat de violation d'un droit substantiel peut « *remettre en cause certaines traditions, valeurs auxquelles ceux-ci pourraient être particulièrement attachés* »²¹⁷⁸. Il s'agit donc d'une forme de démission de la part de la Cour, d'une « *voie de fuite pour éviter de se prononcer sur le fond de questions délicates et controversées* »²¹⁷⁹. L'affaire *Koch contre Allemagne*²¹⁸⁰ portant sur la question d'un droit à mourir dans la dignité, est particulièrement démonstrative à cet égard. En l'espèce, le juge européen n'hésite pas à affirmer, qu'« *eu égard au principe de subsidiarité, [...] il appartenait avant tout aux juridictions internes d'examiner le fond de la demande du*

²¹⁷⁴ *Ibid.*, § 106.

²¹⁷⁵ *Ibid.*, § 119.

²¹⁷⁶ Cour EDH, 30 juin 2015, *Altuğ et autres c. Turquie*, req. n°32086/07.

²¹⁷⁷ C. MADELAINE, « Les obligations positives procédurales, instrument du pluralisme ? », in M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruylant, 2010, p. 118.

²¹⁷⁸ *Ibid.*

²¹⁷⁹ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme, Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, 2001, p. 340.

²¹⁸⁰ Cour EDH, 19 juillet 2012, *Koch c. Allemagne*, req. n°497/09 ; *JCP G.*, 2012, n°35, p. 1516, note M. AFROUKH.

requérant. [...] En conséquence, elle décide de se limiter à examiner le volet procédural de l'article 8 de la Convention »²¹⁸¹ et conclut à une violation de celui-ci, en raison du refus des juridictions internes d'examiner au fond la demande du requérant²¹⁸². Ainsi, la Cour européenne paraît parfois « abuser » de cette technique prétorienne puisqu'en toute logique, le contrôle procédural ne devrait être que complémentaire au contrôle substantiel et non purement et simplement le remplacer. Ce constat corrobore toutefois nos conclusions sur le rôle désormais déterminant du critère du domaine, puisque la Cour, dès qu'elle se trouve confrontée à des problèmes moraux ou d'éthiques sensibles²¹⁸³, préfère statuer sur la procédure plutôt que sur le fond.

D'autre part, cette technique permet une certaine objectivisation du contentieux puisqu'au lieu de se prononcer sur l'appréciation matérielle des problématiques nationales, la Cour se contente de contrôler les garanties procédurales entourant le droit invoqué, ce qui lui évite de développer une interprétation potentiellement subjective²¹⁸⁴. En cédant l'application substantielle de la Convention aux autorités nationales ou, en d'autres termes, en faisant preuve de subsidiarité sur les griefs substantiels, le juge européen consolide donc, en grande partie, le respect du principe même de subsidiarité²¹⁸⁵. Ce renforcement du principe, par renvoi aux juges internes du contentieux matériel, s'accompagne néanmoins d'un encadrement *partiel* de la liberté des Etats membres – au seul titre des contraintes procédurales – le juge de Strasbourg définissant, pour ce faire, une grille de critères plus ou moins précise s'agissant des obligations procédurales à respecter. Par conséquent, si ce mouvement de procéduralisation est censé contribuer à renforcer la liberté de l'Etat sur le

²¹⁸¹ *Ibid*, § 71.

²¹⁸² *Ibid*, § 72.

²¹⁸³ Voir *supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2. Sans illustrer en tant que telle une procéduralisation des droits, l'affaire Cour EDH, 2 octobre 2012, *Singh et autres c. Belgique*, req. n°33210/11 confirme, néanmoins, cette tendance du juge à préférer le contrôle au titre des mesures procédurales plutôt que substantielles. En l'espèce, la Cour écarte spontanément les griefs au titre de l'article 3 de la Convention afin de statuer sur le terrain de l'article 13 combiné à l'article 3. Elle vient toutefois rigoureusement encadrer la liberté de l'Etat en énonçant des critères précis au titre de ces obligations positives procédurales.

²¹⁸⁴ Voir, en ce sens, F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'évolution des droits garantis et l'interprétation juridictionnelle de la Convention européenne des droits de l'homme », Table ronde dans le cadre de la 3^{ème} Académie Européenne d'Été, Grenoble, 27 septembre 2002, p. 19, disponible sur : <http://cejm.upmf-grenoble.fr/userfiles/TULKENS.pdf>: « les bénéfices résident dans l'objectivité et la crédibilité que l'approche procédurale confère au contrôle de la Cour européenne [...notamment lorsqu'elle] se trouve saisie de questions particulièrement délicates que son éloignement la rend sans doute peu apte à résoudre ».

²¹⁸⁵ Comme le note E. DUBOUT, « Procéduralisation et subsidiarité du contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 274 : Cette technique « pourrait insuffler une rationalité plus profonde à l'usage et la signification du principe de subsidiarité dans le système de la Convention. La procéduralisation servirait de cadre de répartition plus claire des rôles respectifs des organes nationaux et de la Cour européenne en permettant de lier la manière avec laquelle la protection nationale est effectuée avec le degré de contrôle exercé au niveau européen ».

terrain de la proportionnalité, il confirme, néanmoins, la mutation du principe de subsidiarité-liberté en un principe d'encadrement – partiel mais parfois aussi global – des libertés.

B- Un encadrement global de l'autonomie nationale

609. Au travers d'une généralisation de la procéduralisation des droits substantiels se propage également un mouvement d'encadrement *global* de l'autonomie nationale, particulièrement néfaste au principe traditionnel de subsidiarité. Si le contrôle procédural pouvait contribuer au renforcement du principe, qui n'en restait pas moins « remodelé », dès lors que la liberté de choix des moyens à prendre pour satisfaire aux exigences substantielles était largement encadrée, c'est désormais un anéantissement de la subsidiarité qui est provoqué lorsque l'encadrement de l'autonomie procédurale se voit doublé d'un encadrement substantiel. Les obligations substantielles et procédurales ne sont plus alternatives mais bien complémentaires et cumulatives, si bien que « *l'obligation procédurale pallie les limites du contrôle du respect de l'obligation substantielle, en ajoutant une contrainte supplémentaire sur les autorités nationales* »²¹⁸⁶.

610. Le développement d'obligations positives, de nature procédurale, a ainsi pu jouer dans le sens d'un encadrement global de la liberté des États et d'un refoulement de la subsidiarité, notamment, à l'exemple de la célèbre affaire Öneriyildiz contre Turquie du 30 novembre 2004²¹⁸⁷, dans laquelle la Cour de Strasbourg parvient à la double violation du volet procédural et substantiel de l'article 2 de la Convention. La Grande chambre a, d'une part, considéré que les autorités administratives avaient manqué à leur obligation matérielle de prendre préventivement des mesures concrètes, nécessaires et suffisantes pour protéger la vie des habitants du bidonville d'Ümraniye²¹⁸⁸ et les informer des risques pesant sur leurs vies²¹⁸⁹. D'autre part, elle estime que les autorités judiciaires turques ont manqué à leur obligation d'identification et de pénalisation des responsables ainsi qu'à celle de garantir la mise en œuvre effective des dispositions du droit interne assurant le respect du droit à la vie²¹⁹⁰. Par conséquent, la Grande chambre ne limite nullement l'étendue de son contrôle du

²¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 279.

²¹⁸⁷ Cour EDH, Gde ch., 30 novembre 2004, *Öneriyildiz c. Turquie*, req. n°48939/99, Rec. 2004-XII ; *GACEDH*, n°66 ; *JDI*, 2005, n°2, pp. 506-509, note P. TAVERNIER.

²¹⁸⁸ *Ibid.*, § 101.

²¹⁸⁹ *Ibid.*, § 108.

²¹⁹⁰ *Ibid.*, § 117.

fait d'une violation de l'obligation procédurale, mais vient, au contraire, renforcer la rigueur de celui-ci, par une approche cumulative des exigences – procédurales et substantielles – incombant à la Turquie. La Cour vient donc imposer à l'Etat un respect de ses obligations conventionnelles, tout en le contraignant sur la manière de procéder à un tel respect. La subsidiarité potentielle du contrôle est ainsi annihilée, si bien que cet encadrement *global* du volet substantiel et procédural conduit le juge européen à un anéantissement du principe de subsidiarité.

611. Un même constat peut être, par exemple, fait au vu de la jurisprudence Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu contre Roumanie du 17 juillet 2014²¹⁹¹. La Grande chambre procède, en l'espèce, de manière dissociée et examine donc séparément le volet substantiel et procédural de l'article 2 pour conclure à une violation globale de cet article. Traitant du décès d'un handicapé mental à la suite de graves négligences médicales, la Cour européenne constate, en effet, que les autorités nationales n'ont pas satisfait aux exigences matérielles de l'article en cause, en raison d'une absence de traitement médical ainsi que de conditions de soins inadéquates. A cela s'ajoute, par ailleurs, un défaut d'« *examen scrupuleux requis par l'article 2 de la Convention et [...] d'enquête effective sur les circonstances de son décès* »²¹⁹², impliquant une violation du volet procédural dudit article. Aussi, « *plutôt qu'un contrôle intégré des aspects procéduraux et substantiels d'un même droit, la Cour procède à une approche dissociée* »²¹⁹³ des obligations positives, toujours plus contraignantes à l'égard de l'Etat membre. Et même lorsque la Cour réalise une analyse intégrée des deux aspects d'un même droit, elle peut se livrer à un strict encadrement de la liberté nationale, peu respectueux, là encore, du principe de subsidiarité. Dans l'arrêt O'keeffe contre Irlande du 28 janvier 2014²¹⁹⁴ par exemple, concernant les abus sexuels d'un enseignant sur son élève, la Cour européenne parvient certes à un constat de violation sur le seul terrain substantiel de l'article 3. Elle encadre, néanmoins, la liberté des moyens de mise en œuvre de l'obligation positive de protection contre ces abus, exigeant notamment que « *des mécanismes effectifs de détection et de signalement des sévices éventuels, par et à un organe*

²¹⁹¹ Cour EDH, Gde ch., 17 juillet 2014, *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie*, req. n°47848/08 ; *JCP G.*, 2015, n°3, doct. 70, chron. F. SUDRE.

²¹⁹² *Ibid.*, § 147.

²¹⁹³ E. DUBOUT, « Procéduralisation et subsidiarité du contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 279.

²¹⁹⁴ Cour EDH, Gde ch., 28 janvier 2014, *O'Keeffe c. Irlande*, req. n°35810/09 ; *JCP G.*, 2014, n°6, 174, obs. C. PICHERAL.

contrôlé par l'État »²¹⁹⁵ soit mis en place, ce qui en l'espèce n'était pas le cas et entraîne donc une violation de la Convention.

612. Si l'encadrement global de l'autonomie nationale, à la fois matériel et procédural, est très certainement de nature à encourager la responsabilisation des États membres, il est également enclin à un refoulement du principe de subsidiarité. Celui-ci sera à l'inverse davantage sauvegardé lorsque la Cour de Strasbourg se place sur le seul terrain de la procédure, afin de ne pas avoir à traiter du volet matériel du litige ainsi laissé à l'appréciation des autorités nationales. Cela étant, même dans l'hypothèse d'obligations procédurales alternatives, conduisant le juge européen à la retenue judiciaire quant aux obligations matérielles, l'autonomie nationale n'en restera pas moins encadrée par l'énoncé de contraintes procédurales relativement précises. En effet, « *la procéduralisation amène la Cour européenne à établir un cadre européen de garanties de la qualité du processus décisionnel interne, limitant l'autonomie des États. De cette manière, les administrations nationales, et non plus seulement les juges nationaux, se trouvent directement contraintes au respect de certaines exigences* »²¹⁹⁶. Ce renforcement de la subsidiarité-encadrée – lorsqu'elle n'est pas totalement neutralisée ! – reste toutefois particulièrement fragile, puisqu'il induit et s'accompagne d'un double encadrement – naturellement procédural mais aussi substantiel – de l'examen législatif et judiciaire internes des ingérences.

§2- Une refondation des méthodes de contrôle du juge européen

613. Si, en raison du caractère subsidiaire de son contrôle, le juge des droits de l'homme ne s'estime pas compétent pour réexaminer les faits d'espèce et refuse donc de se livrer à une requalification juridique des faits, il ne s'empêche toutefois plus de contrôler le raisonnement juridique et donc le « *contenu des décisions, non plus seulement ses conséquences sur les droits conventionnels* »²¹⁹⁷. Ainsi, l'encadrement des libertés nationales,

²¹⁹⁵ *Ibid.*, § 162.

²¹⁹⁶ E. DUBOUT, « Procéduralisation et subsidiarité du contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 287.

²¹⁹⁷ B. DELZANGLES, « Le rôle du juge national comme garant de la Convention européenne des droits de l'homme : renforcement ou affaiblissement ? », in LOCHAK D. (dir.), *Mutations de l'Etat et protection des droits de l'homme*, Presses Universitaires de Paris 10, 2006, p. 110.

notamment encouragé par une démultiplication des obligations positives procédurales²¹⁹⁸, va progressivement induire une refondation du contrôle de Strasbourg. Ce contrôle, plus rigoureux, sera désormais orienté sur la manière dont les autorités nationales – certes administratives²¹⁹⁹, mais aussi législatives et judiciaires – exécutent leurs obligations conventionnelles, alors qu'il devrait se limiter au seul résultat obtenu ainsi que le préconise le principe de subsidiarité et l'obligation de résultat – non de moyens – en découlant. En effet, « *le déplacement de l'objet du contrôle européen du fond vers la forme modifie la fonction d'encadrement de la Convention. A l'origine destinée à s'assurer que les pouvoirs démocratiques nationaux n'adoptent pas de mesures contraires à certaines valeurs jugées fondamentales, elle en vient à encadrer le fonctionnement même des organes nationaux* »²²⁰⁰.

614. Si le principe de subsidiarité peut se voir renforcé par la technique de la procéduralisation des droits, censée sauvegarder l'autonomie nationale sur le terrain de la proportionnalité²²⁰¹, ce renforcement apparaît des plus limités, dès lors qu'il s'accompagne en général d'un contrôle européen au fond de « *la qualité de l'examen interne de la compatibilité* »²²⁰² des mesures étatiques avec la Convention. Ainsi, au-delà d'un encadrement graduel de l'autonomie nationale – encadrement partiel ou global de l'autonomie – le juge européen procédera, également, à deux types d'encadrement (i.e. un encadrement de deux natures différentes) de l'autonomie nationale ; un encadrement naturellement *procédural* de l'autonomie législative, *via* une prise en compte par le juge de Strasbourg de la qualité du processus décisionnel menée en droit interne (**A**) mais également, un encadrement *substantiel* de l'autonomie judiciaire, *via* l'énoncé de critères de contrôle, objectifs et vérifiables, de la proportionnalité de l'ingérence (**B**).

²¹⁹⁸ Voir, en ce sens, C. MADELAINE, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 2014, p. 393, qui identifie la technique des obligations positives comme un moyen « *d'encadrement exponentiel des pouvoirs étatiques* ».

²¹⁹⁹ Telles que les forces de police à qui s'imposent notamment des obligations d'enquête effective, mais aussi les autorités de protection de l'enfance, les établissements scolaires, les établissements pénitentiaires auxquels s'imposent des obligations de protection et de prévention des risques pour la santé et la vie des enfants, élèves ou détenus etc. Voir, notamment, Cour EDH, Gde ch., 28 juillet 1999, *Selmouni c. France*, req. n°25803/94, Rec. 1999-V, § 79 et suiv ; *GACEDH*, n°14 ; *JCP G.*, 1999, n°44, II 10193, comm. F. SUDRE ; *RGDIP*, 2000, n°1, pp. 181-203, comm. G. COHEN-JONATHAN ; Cour EDH, 10 juillet 2012, *Kayak c. Turquie*, req. n°60444/08, § 59 ; *JCP G.*, 2012, n°37, 972, obs. F. SUDRE ; Cour EDH, 16 octobre 2008, *Renolde c. France*, req. n°5608/05, Rec. 2008 ; *JDI*, 2009, n°3, pp. 1018-1020, note E. DECAUX.

²²⁰⁰ E. DUBOUT, « Procéduralisation et subsidiarité du contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, édition Nemesis, Anthemis, 2014, p. 285.

²²⁰¹ E. DUBOUT, « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, n°70, 2007, p. 422.

²²⁰² R. SPANO, « Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity », *Human Rights Law Review*, 2014, vol. 14, n°3, p. 499.

A- Un encadrement procédural de l'autonomie législative

615. Parce que le juge des droits de l'homme – *via* une procéduralisation des droits et donc de son contrôle – s'attache désormais à la manière dont les autorités nationales procèdent pour mettre en œuvre la Convention, découlera naturellement de cette refondation du contrôle européen, un encadrement procédural de l'autonomie nationale, plus précisément, de l'examen législatif (et judiciaire) interne(s) des ingérences. Ce n'est donc plus la réalité de l'adéquation de la mesure au but légitime poursuivi qui sera principalement analysée par le juge de Strasbourg, mais bien la qualité du processus décisionnel en droit interne²²⁰³. En effet, cette « *procéduralisation provoque un conditionnement européen, au double sens de subordination et de transformation, de la manière d'exercer le pouvoir national. Sont concernés par cette nouvelle forme d'encadrement tant l'exercice du pouvoir d'exécution que celui du pouvoir de législation* »²²⁰⁴.

616. Si le phénomène de la procéduralisation des droits qui incite au respect d'obligations d'information et de participation durant la prise de décision, contraint naturellement les autorités administratives à une évaluation concrète et objective des risques de violation afin de se départir d'une application mécanique de la loi²²⁰⁵, l'encadrement procédural touche également le pouvoir national législatif et évidemment judiciaire. La refondation du contrôle européen – et plus précisément du contrôle de proportionnalité de la mesure – va ainsi contribuer à la redéfinition des conditions d'exercice du contrôle interne de conventionnalité. En effet, parce que le juge de Strasbourg vérifie désormais que la mesure litigieuse a été adoptée à la suite d'un examen législatif de qualité et dont la conventionnalité a ensuite été validée par les autorités judiciaires internes au terme d'un contrôle rigoureux – sans qu'il ne précise toutefois ce qu'il faut entendre par là – cela va naturellement contraindre les autorités nationales à revoir la manière d'exercer leurs pouvoirs afin de s'adapter aux exigences européennes nouvelles. Ne portant plus vraiment sur le fond de la mesure, le contrôle de proportionnalité s'oriente donc, davantage, sur le processus suivi en droit interne.

²²⁰³ Dans le domaine de l'Union européenne, O. DE SCHUTTER, « La procéduralisation du droit européen. Propositions institutionnelles » in P. COPPENS et J. LENOBLE (dir.), *Démocratie et procéduralisation du droit*, Bruylant, 2000, p. 320 et suiv., remarque également cette tendance à la procéduralisation du contrôle de proportionnalité.

²²⁰⁴ E. DUBOUT, « Procéduralisation et subsidiarité du contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 285 (souligné par nous).

²²⁰⁵ *Ibid.*, p. 286.

617. Ainsi, dans l'affaire de Grande chambre, *Animal Defenders International contre Royaume-Uni* du 24 avril 2013 – traitant d'une interdiction de diffusion à la télévision d'un message publicitaire sur la maltraitance des animaux – la Cour européenne précise que « *pour déterminer la proportionnalité d'une mesure générale, [elle] doit commencer par étudier les choix législatifs à l'origine de la mesure* »²²⁰⁶. En effet, « *la qualité de l'examen parlementaire et judiciaire de la nécessité de la mesure réalisé au niveau national, revêt une importance particulière à cet égard, y compris pour ce qui est de l'application de la marge d'appréciation pertinente* »²²⁰⁷. Statuant à contre-pied de sa jurisprudence ultérieure selon laquelle le caractère général d'une telle interdiction est difficilement conciliable avec l'article 10 de la Convention²²⁰⁸, la Cour concentre ici l'essentiel de son raisonnement sur l'examen d'une part, du choix législatif justifiant une telle limitation ainsi que d'autre part, sur les analyses parlementaires et judiciaires réalisées en droit interne. Dès le début et tout au long de son contrôle de proportionnalité, le juge des droits de l'homme réalise, en effet, un examen poussé des contrôles effectués par le Parlement et les tribunaux nationaux quant à la nécessité de cette mesure²²⁰⁹, appréciant par exemple, « *l'ampleur de la consultation prélegislative menée sur la compatibilité de l'interdiction avec la Convention* »²²¹⁰ ainsi que le caractère particulièrement approfondi du débat mené devant la High Court et la Chambre des lords sur la question de la proportionnalité de la mesure²²¹¹. Par conséquent – et elle ne s'en cache pas – la Cour attache, semble-t-il, désormais « *un poids considérable aux contrôles exigeants et pertinents* »²²¹² des organes parlementaires et judiciaires. Même si à cela, s'ajoute une limitation de l'interdiction à certains types de médias²²¹³ ainsi qu'une absence de consensus au sein des États parties en matière de réglementation de la publicité politique payante²²¹⁴, il est toutefois évident que la qualité de l'examen interne de la mesure contestée, a eu « *une importance cruciale* »²²¹⁵ dans la solution de non-violation retenue²²¹⁶.

²²⁰⁶ Cour EDH, Gde ch., 22 avril 2013, *Animal defenders international c. Royaume-Uni*, req. n°48876/08, Rec. 2013, § 108 ; *RTDH*, 2014, n°98, pp. 483-494, comm. Y-M. DOUBLET ; *Journal Européen des Droits de l'Homme*, 2014, n°1, pp. 2-28, comm. P. DUCOULOMBIER.

²²⁰⁷ *Ibid.*

²²⁰⁸ Voir, en ce sens, Cour EDH, 28 juin 2001, *VgT Verein Gegen Tierfabriken c. Suisse*, req. n°24699/94, Rec. 2001-VI ; *Europe*, 2000, n°11, pp. 23-24, note KITSOUS-MILONAS (un arrêt de Grande Chambre a ensuite été rendu le 30 juin 2009).

²²⁰⁹ Cour EDH, Gde ch., 22 avril 2013, *Animal defenders international c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 113.

²²¹⁰ *Ibid.*, § 115.

²²¹¹ *Ibid.*, § 113.

²²¹² *Ibid.*, § 116.

²²¹³ *Ibid.*, § 117.

²²¹⁴ *Ibid.*, § 108.

²²¹⁵ *Ibid.*, § 113.

618. La tendance à un contrôle relativement accru de la qualité de l'examen interne de la mesure, non plus (seulement) du résultat de conventionnalité ou d'inconventionnalité obtenu, s'était déjà illustrée – bien que de manière plus discrète – dans la jurisprudence antérieure. Dans un arrêt *Murphy contre Irlande* du 10 juillet 2003, la Cour avait minutieusement analysé les termes et arguments invoqués lors du débat parlementaire ayant précédé l'adoption de la mesure litigieuse, ainsi que la prise en compte de ces éléments par les juridictions nationales lorsqu'elles avaient eu à traiter de l'affaire²²¹⁷. Or, l'exercice d'un tel contrôle en droit interne avait manifestement permis de faire pencher la balance dans le sens d'une non-violation de la Convention. Dans une autre affaire *Hatton et autres contre Royaume-Uni* du 8 juillet 2007, elle avait également affirmé que le « *processus décisionnel doit nécessairement comporter la réalisation d'enquêtes et d'études appropriées, de manière à permettre l'établissement d'un juste équilibre entre les divers intérêts concurrents en jeu* »²²¹⁸ qui, puisque effectué correctement en l'espèce, l'avait là encore conduite vers un constat de non-violation de la Convention. Enfin, dans la jurisprudence *Evans contre Royaume-Uni* du 10 avril 2007, la Grande chambre s'était notamment attachée au fait que « *la loi de 1990 a[vait] été adoptée après une analyse exceptionnellement minutieuse des implications sociales, éthiques et juridiques des avancées en matière de fécondation et d'embryologie humaines et qu'elle [était] le fruit d'un vaste ensemble de réflexions, de consultations et de débats* »²²¹⁹, pour ainsi conclure à une absence de violation de la Convention. L'attention ainsi portée au rôle, si non « *décisif* » au moins « *pertinent* », de la qualité du contrôle parlementaire²²²⁰ et à la manière dont la mesure a été préparée, débattue, adoptée mais aussi contrôlée – bien que ne posant pas de critères précis d'analyse – encadre néanmoins la liberté

²²¹⁶ L'arrêt a été, pour cette raison notamment, vivement critiqué dès lors que la doctrine s'interroge sur « la force » d'un tel argument. Voir, notamment, P. DUCOULOMBIER, « Animal defenders International c. Royaume-Uni : victoire du dialogue institutionnel ou déférence injustifiée à l'égard des principes du droit britannique ? », *Journal Européen des Droits de l'Homme*, 2014 n°1, pp. 25 et 26. L'auteur souligne d'ailleurs le raisonnement critiquable de la majorité puisque « *des principes généraux contestables sont posés et entendent remplacer ceux qui régissaient jusqu'ici la jurisprudence en matière de liberté d'expression politique* » (p. 27) qui pourrait, toutefois, s'expliquer par une volonté du juge « *d'entamer une nouvelle politique jurisprudentielle concernant son rôle et ses rapports avec les Etats parties à la Convention* » (p. 28).

²²¹⁷ Cour EDH, 10 juillet 2003, *Murphy c. Irlande*, req. n°44179/98, Rec. 2003-IX, § 73 ; *JDI*, 2004, n°2, pp. 706-707, note O. DE FROUVILLE.

²²¹⁸ Cour EDH, Gde ch., 8 juillet 2003, *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, req. n°36022/97, Rec. 2003-VIII, § 123 ; *JCP G.*, 2004, n°5, pp. 181-186, chron. F. SUDRE.

²²¹⁹ Cour EDH, Gde ch., 10 avril 2007, *Evans c. Royaume-Uni*, req. n°6339/05, Rec. 2004, § 86 (souligné par nous) ; *RTD Civ.*, 2007, n°2, pp. 295-297, note J-P. MARGUENAUD.

²²²⁰ Cour EDH, 5 mai 2013, *Shindler c. Royaume-Uni*, req. n°19840/09, § 102 ; *JCP G.*, 2013, n°29, doct. 855, chron. F. SUDRE.

de moyens des États membres. En effet, lorsque la Cour fait de « *la qualité de l'examen parlementaire [...] un critère d'appréciation du respect par les autorités des droits des requérants* »²²²¹, elle vient à la fois encadrer leur autonomie nationale dans leur choix – normalement libre – des moyens à prendre pour mettre en œuvre la Convention (i.e. elle énonce, pour ce faire, des exigences procédurales tenant à la consultation, au débat, à la participation des personnes concernées et qui influent donc sur la qualité générale du processus à la fois législatif et judiciaire) et renforcer le principe de subsidiarité, puisqu'elle respecte *in fine* la solution nationale.

619. Le juge Robert SPANO identifie ainsi, au cœur de la jurisprudence *Animal Defenders International contre Royaume-Uni*, les prémices d'« *un processus de reformulation des critères de fond et de procédure qui régissent le niveau approprié de déférence aux États membres afin de mettre en œuvre un concept plus robuste et cohérent de subsidiarité* »²²²². Si en effet cet arrêt aboutit à un renforcement de la subsidiarité – dès lors que la question soumise à la Cour est finalement laissée à la libre appréciation des juridictions nationales alors même que différents éléments militaient en faveur d'une solution inverse²²²³ – en ressort toutefois, selon nous, un encadrement procédural de l'examen interne de la mesure litigieuse. La démarche « fouillée » du juge européen, prenant en compte toutes les contributions à l'élaboration de la loi²²²⁴, pose incidemment des contraintes procédurales quant à la nature et qualité du processus décisionnel. En effet, « *la procéduralisation du contrôle européen entraîne une renationalisation du test de nécessité [qui loin d'être] un simple retour à la situation précédant l'adoption de la Convention, [...] induit une incorporation des contraintes européennes dans le processus national d'évaluation de la proportionnalité* »²²²⁵.

620. Il est donc possible d'envisager, à l'exemple des différentes affaires précitées, que la Cour européenne fait preuve de retenue judiciaire lorsque les autorités nationales ont correctement exécutés les garanties procédurales tenant à l'examen national de la mesure. À l'inverse, si elles ne respectent pas la démarche qualitative imposée par le juge, cette

²²²¹ P. DUCOULOMBIER, « Qualité de la vie et Convention européenne des droits de l'Homme », *RDSS*, 2014, p. 1047.

²²²² R. SPANO, « Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity », *Human Rights Law Review*, 2014, vol. 14, n°3, p. 498.

²²²³ F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G.*, 2013, n°29, doct. 855.

²²²⁴ Y-M. DOUBLET, « L'interdiction de campagnes politiques publicitaires à la télévision et à la radio n'est pas contraire à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme - À propos de CEDH, Grande ch., arrêt, 22 avr. 2013, n°48876/08, *Animal Defenders International c. Royaume-Uni* », *RTDH*, 2014, n°98, p. 490.

²²²⁵ E. DUBOUT, « Procéduralisation et subsidiarité du contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 291.

procéduralisation du contrôle européen peut devenir un moyen d'encadrement de la liberté des Etats. Dans la célèbre affaire *Hirst contre Royaume-Uni* n°2 du 6 octobre 2005, la Grande chambre souligne, ainsi, que rien ne montre que « *les députés [aient] tenu un débat de fond sur le point de savoir s'il se justifiait toujours [...] d'appliquer une telle restriction générale au droit de vote des détenus* »²²²⁶, ni que « *le Parlement ait jamais cherché à peser les divers intérêts en présence ou à apprécier la proportionnalité d'une interdiction totale de voter visant les détenus condamnés* »²²²⁷. A la carence d'un examen parlementaire de fond, s'additionnait une absence d'appréciation de la proportionnalité de la mesure par la Divisional Court²²²⁸, le défaut de qualité de la prise de décision – tant au niveau législatif que judiciaire – ayant ainsi conditionné le constat de violation de la Convention. C'est ce que confirme également l'affaire *Dickson contre Royaume-Uni* du 4 décembre 2007 dans laquelle la disproportion de la mesure s'appuie notamment sur le fait que « *rien ne montre qu'en définissant la politique, le ministre ait cherché à peser les divers intérêts publics et privés en présence ou à apprécier la proportionnalité de la restriction* »²²²⁹, ni que « *le Parlement n'[ait] jamais mis en balance les intérêts en jeu [ou] débattu des questions de proportionnalité qui se posent à cet égard* »²²³⁰.

621. Cette tendance du juge à exercer un contrôle relativement poussé de la qualité du travail législatif national à défaut d'un véritable examen du contenu même de la décision, s'est d'ailleurs confirmé dans plusieurs affaires postérieures à la jurisprudence *Animal defenders international*. Dans l'affaire *S.A.S. contre France*, la Cour se saisit par exemple du contexte national d'adoption de la loi en se fondant, notamment, sur le rapport préparé par la mission d'information de l'Assemblée nationale, sur l'avis négatif de la Commission nationale consultative des droits de l'homme ou encore sur l'existence et la teneur des débats ayant précédés l'élaboration de la loi, pour apprécier la conventionnalité de la mesure litigieuse²²³¹. De même dans l'affaire *Parrillo contre Italie* où la Cour, du fait de l'ample marge d'appréciation laissée aux Etats membres en matière de procréation médicalement

²²²⁶ Cour EDH, Gde ch., 6 octobre 2005, *Hirst c. Royaume-Uni (N°2)*, req. n°74025/01, Rec. 2005-IX, § 79 ; *JDI*, 2006, n°3, pp. 1169-1171, note M. EUDES.

²²²⁷ *Ibid.*

²²²⁸ *Ibid.*, § 80.

²²²⁹ Cour EDH, Gde ch., 4 décembre 2007, *Dickson c. Royaume-Uni*, req. n°44362/04, Rec. 2007, § 83 ; *JDE*, 2008, n°146, pp. 56-61, chron. P. LAMBERT.

²²³⁰ *Ibid.*

²²³¹ Cour EDH, Gde ch., 1 juillet 2014, *S.A.S. c. France*, req. n°43835/11, § 145 et suiv. ; *JCP G.*, 2014, n°39, 974, note A. LEVADE ; *JCP G.*, 2014, n°29, 835, libres propos B. BONNET. Voir tout particulièrement, en ce sens, l'article de P. DUCOULOMBIER, « Tenue correcte exigée. Observations sous l'arrêt CEDH, gr. ch, 1er juillet 2014, *S.A.S. c/ France* », *RTD Eur.*, 2015, p. 95 et suiv.

assistée, examine les arguments dont le législateur a tenu compte pour parvenir aux solutions qu'il a retenues et concentre ainsi l'essentiel de son contrôle à vérifier la qualité du processus d'élaboration de la loi²²³². Pour ce faire, elle tient notamment compte des travaux préparatoires de la loi, de l'important débat ayant intégré les différentes opinions et questions scientifiques soulevées, des diverses contributions de médecins, spécialistes et autres associations engagées ainsi que des différents référendums, pour ainsi conclure à une absence de violation de la Convention. Enfin, dans l'affaire Lambert et autres contre France, si la Cour ne porte pas attention au processus législatif d'élaboration de la loi en lui-même, elle analyse toutefois minutieusement le processus décisionnel d'adoption de la mesure d'arrêt des traitements et constate ainsi une non-violation de l'article 2 de la Convention en raison de la qualité de ce dernier, faisant appel à diverses consultations des médecins et intégrant par ailleurs la volonté de la famille complète²²³³. Comme le souligne le Professeur Edouard DUBOUT, se dégage ainsi de cette refondation du contrôle européen de proportionnalité, « *un principe procédural d'articulation des contrôles internes et européen selon lequel plus l'examen national du bien-fondé d'une législation est approfondi, moins le contrôle européen l'est* »²²³⁴. La subsidiarité – bien qu'encadrée – serait donc en ce sens respectée.

622. D'autres problématiques se posent néanmoins. D'une part, l'encadrement de l'autonomie procédurale tend à devenir « *un moyen de dérogation au profit d'une mesure qui est [parfois] substantiellement contraire à la jurisprudence antérieure de la Cour* »²²³⁵. En atteste par exemple la jurisprudence Animal defenders international précitée, manifestement contraire, sur le fond, à la jurisprudence VgT²²³⁶. D'autre part, cette refondation du contrôle, aboutissant à un encadrement procédural de l'examen législatif et judiciaire internes de la mesure, confirme l'objectivisation du contentieux. Le contrôle européen exercé sera, en effet, de moins en moins concret puisque portant essentiellement sur le processus d'adoption et de contrôle de la mesure, non sur son application concrète au cas d'espèce. Si cette refondation du contrôle contribue donc à transformer le principe de subsidiarité qui invite, normalement, à

²²³² Cour EDH, Gde ch., 27 Août 2015, *Parrillo contre Italie*, req. n°46470/11, § 183 et suiv. ; *JCP G.*, 2015, n°38, p. 1630, obs. A. SCHAMANECHÉ ; *JCP G.*, 2015, n°44, pp. 1998-2002, comm. G. LOISEAU ; *GP*, 2015, n°259-260, p. 31, note C. BERLAUD.

²²³³ Cour EDH, Gde ch., 5 juin 2015, *Lambert et autres c. France*, req. n°46043/14, § 161 et suiv.

²²³⁴ E. DUBOUT, « Procéduralisation et subsidiarité du contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 290 (souligné par nous).

²²³⁵ *Ibid.*, p. 293.

²²³⁶ Cour EDH, 28 juin 2001, *VgT Verein Gegen Tierfabriken c. Suisse*, req. n°24699/94, Rec. 2001-VI.

l'exercice d'un contrôle *in concreto*²²³⁷, elle oriente également le rôle du juge européen vers une constitutionnalisation progressive de son office²²³⁸. Cela étant, nous le disions, la subsidiarité-encadrée n'en reste pas moins renforcée puisque « *c'est donc l'examen national préalable particulièrement approfondi de la mesure [...] qui incite les juges européens à admettre sur le fond la proportionnalité d'une législation [même] difficilement conciliable avec une jurisprudence antérieure* »²²³⁹. A cet encadrement *procédural* de l'examen législatif et judiciaire internes de la mesure litigieuse, s'ajoute par ailleurs un encadrement *substantiel* des méthodes de contrôle du juge national.

B- Un encadrement substantiel de l'autonomie judiciaire

623. Sous couvert d'une subsidiarité néanmoins bien encadrée, la Cour européenne va, au fil de sa jurisprudence, développer des critères de contrôle de la proportionnalité de l'ingérence étatique, tout particulièrement dans les domaines de la liberté d'expression, de la protection des étrangers ou encore, plus récemment, en ce qui concerne le respect de la vie privée et familiale des hommes d'Eglise. L'objectif sera, en effet, de livrer aux juridictions nationales un véritable mode d'emploi de résolution des conflits de droits, ou plus généralement, des conflits d'intérêts, afin que celles-ci puissent être, ensuite, à même de réaliser un contrôle de la nécessité de l'ingérence conforme aux exigences conventionnelles. L'énoncé d'une telle grille de critères, qui limite évidemment la liberté des juges nationaux et amène la Cour de Strasbourg à contrôler « *le raisonnement qui sous-tend les décisions des juridictions nationales* »²²⁴⁰, viserait néanmoins à faciliter l'application de la Convention en droit interne. Il permet, par ailleurs, de faire varier la marge nationale d'appréciation, par conséquent plus large, si les critères définis par la Cour ont été correctement appliqués en droit interne.

624. Le juge de Strasbourg a tout d'abord initié ce mouvement d'encadrement substantiel de l'office du juge, *via* l'énoncé de critères de contrôle, s'agissant du contentieux

²²³⁷ Voir, *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, § 2, B.

²²³⁸ Voir *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, § 2.

²²³⁹ E. DUBOUT, « Procéduralisation et subsidiarité du contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 290.

²²⁴⁰ Cour EDH, Gde ch., 9 octobre 2003, *Slivenko c. Lettonie*, req. n°48321/99, Rec. 2003-X, § 105 ; *Europe*, 2004, n°5, p. 36, note N. DEFFAINS ; Cour EDH, 27 mars 2008, *Chtoukatourov c. Russie*, req. n°44009/05, Rec. 2008, § 96 ; Cour EDH, 10 octobre 2010, *Özpinar c. Turquie*, req. n°20999/04, § 79 ; *JCP G.*, 2010, n°45, 1126, obs. G. GONZALEZ.

délicat des étrangers « ordinaires » et de « seconde génération ». Dans la célèbre affaire *Boultif contre Suisse* du 2 août 2001²²⁴¹, la Cour européenne développe en effet une grille de critères communs à tous les étrangers afin de guider l'appréciation de l'équilibre à ménager entre le respect de la vie privée et familiale de l'étranger – sous le coup d'une mesure d'éloignement du territoire – et la sauvegarde de l'ordre public. Ainsi, pour apprécier la nécessité de l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale de l'étranger, une attention particulière devra être, notamment, portée à la nature et gravité de l'infraction commise, à la durée du séjour dans le pays d'accueil, à la réalité de la vie familiale de l'étranger ou encore aux difficultés pour le conjoint de vivre dans le pays d'origine de son époux ou de son épouse²²⁴². Toutefois, cette liste de critères de contrôle, telle que précisée et complétée par la jurisprudence ultérieure²²⁴³, ne semble pas faire directement varier l'étendue de la marge d'appréciation de l'Etat. La Cour précise d'ailleurs qu'en raison du faible nombre d'affaires traitées portant sur cette question, « *elle est donc appelée à définir des principes directeurs pour examiner si la mesure était nécessaire dans une société démocratique* »²²⁴⁴. Ainsi, cet encadrement de l'office du juge, par l'énoncé de critères précis et vérifiables, semble donc essentiellement destiné à une rationalisation et clarification du contrôle *européen* et ce, bien qu'impactant nécessairement aussi la liberté d'interprétation du juge national. Il en va toutefois différemment, s'agissant du contentieux de la liberté d'expression, où la Cour de Strasbourg définit une grille de critères à destination des juridictions nationales.

625. Dans les affaires *Axel Springer AG contre Allemagne*²²⁴⁵ et *Von Hannover* n° 2 contre Allemagne²²⁴⁶ du 7 février 2012, la Cour va, pour la première fois, rationaliser son contrôle de proportionnalité et, ainsi, préciser les conditions nécessaires à son respect en cas de conflit entre les droits à la liberté d'expression et au respect de la vie privée.

²²⁴¹ Cour EDH, 2 août 2001, *Boultif c. Suisse*, req. n°54273/00, Rec. 2001-IX ; *JCP G.*, 2002, n°3, pp. 128-132, chron. F. SUDRE.

²²⁴² *Ibid.*, § 48.

²²⁴³ Voir, notamment, Cour EDH, Gde ch., 18 octobre 2006, *Üner c. Pays-Bas*, req. n°46410/99, Rec. 2006-XII ; *GACEDH*, n°55 ; *JDI*, 2007, n°2, pp. 722-724, note L. BENOITON ; Cour EDH, Gde ch., 23 juin 2008, *Maslov c. Autriche*, req. n°1638/03, Rec. 2008 ; *JCP A.*, 2009, n°9, 2037, chron. D. SZYMCZAK. Pour un arrêt d'application des critères, voir par exemple Cour EDH, 15 novembre 2012, *Shala c. Suisse*, req. n°52873/09 ; *JCP G.*, 2012, n°50, 1343, obs. G. GONZALEZ.

²²⁴⁴ Cour EDH, 2 août 2001, *Boultif c. Suisse*, req. n°54273/00, Rec. 2001-IX, § 48, *op. cit.*

²²⁴⁵ Cour EDH, Gde ch., 7 février 2012, *Axel Springer c. Allemagne*, req. n°39954/08 ; *JCP G.*, 2012, n°10, p. 496, veille K. GRABARCZYK-BLAY.

²²⁴⁶ Cour EDH, Gde ch., 7 février 2012, *Von Hannover c. Allemagne* (n°2), req. n°40660/08 et 60641/08 ; *JCP G.*, 2012, n°10, 292, obs. K. BLAY-GRABARCZYK.

Systématisant sa méthode d'analyse et les éléments essentiels de sa jurisprudence antérieure²²⁴⁷, elle dégage en effet une grille de six critères que sont la contribution à un débat d'intérêt général, la notoriété de la personne visée et l'objet du reportage, le comportement antérieur de la personne concernée, le mode d'obtention des informations et leur véracité, le contenu, la forme et les répercussions de la publication et enfin, la gravité de la sanction imposée. Contrairement aux critères « Boultif », ce mode d'emploi va lui servir, ici, à faire fluctuer la marge nationale d'appréciation selon la manière dont le juge national aura procédé dans l'exercice de l'équilibre tant recherché. Ainsi, « *si la mise en balance de ces deux droits par les autorités nationales s'est faite dans le respect des critères établis par la jurisprudence de la Cour, il faut des raisons sérieuses pour que celle-ci substitue son avis à celui des juridictions internes* »²²⁴⁸. Elle le confirme d'ailleurs dans une jurisprudence postérieure, expliquant que « *lorsque la mise en balance effectuée au plan interne n'est pas satisfaisante [...] la marge discrétionnaire reconnue au juge national est étroite. En revanche, si ladite mise en balance a été effectuée dans le respect des critères consacrés par une jurisprudence bien établie de la Cour, il faut des raisons sérieuses pour que celle-ci substitue son avis à celui des juridictions internes, auxquelles elle reconnaît alors une ample marge d'appréciation* »²²⁴⁹. Dans cette affaire Aksu contre Turquie du 15 mars 2012²²⁵⁰ mais aussi dans d'autres, telle que Ernst August Von Hannover contre Allemagne du 19 février 2015²²⁵¹, la Cour considère que les juridictions nationales ont fait une correcte application des critères européens et se refuse donc à exercer un contrôle approfondi de l'appréciation judiciaire nationale, le juge de Strasbourg faisant donc preuve de retenue, conformément au principe de subsidiarité²²⁵². Parce qu'ils visent normalement à la pédagogie judiciaire, les critères Axel

²²⁴⁷ Voir, en ce sens, M. AFROUKH, « À la recherche d'un équilibre entre droits à la liberté d'expression et au respect de la vie privée », *JCP G.*, 2012, n°22, 650, qui affirme que « *le contraste avec la démarche habituelle de la Cour réside davantage dans cette dimension pédagogique visant à synthétiser au mieux la jurisprudence afin de fournir au juge interne un véritable mode d'emploi pour la résolution des conflits* ».

²²⁴⁸ Cour EDH, Gde ch., 7 février 2012, *Axel Springer c. Allemagne*, req. n°39954/08, § 88, *op. cit.* : « *si la mise en balance de ces deux droits par les autorités nationales s'est faite dans le respect des critères établis par la jurisprudence de la Cour, il faut des raisons sérieuses pour que celle-ci substitue son avis à celui des juridictions internes* ».

²²⁴⁹ Cour EDH, Gde ch., 15 mars 2012, *Aksu c. Turquie*, req. n°4149/04, § 67 ; *RTDH*, 2013, n°93, pp. 179-194, note T. HOCHMANN.

²²⁵⁰ *Ibid.*

²²⁵¹ Cour EDH, 19 février 2015, *Ernst August Von Hannover c. Allemagne*, req. n°53649/09 ; *JCP G.*, 2015, n°9, 267, obs. M. AFROUKH.

²²⁵² Cela n'empêche toutefois pas la Cour de conclure à la violation de l'article 10 de la Convention lorsqu'elle estime que lesdites juridictions nationales n'ont pas correctement appliqué les critères indiqués. Voir par exemple Cour EDH, Gde ch., 10 novembre 2015, *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France*, req. n°40454/07 où la Cour sanctionne le fait que les autorités nationales n'aient pas opéré de distinction entre ce qui

springer et Von Hannover n°2 peuvent donc être les instigateurs d'une application *mesurée* de la subsidiarité. « Mesurée », car l'énoncé de tels critères de contrôle, objectifs et vérifiables, s'il guide le juge national dans l'exercice de son contrôle, encadre et limite également sa liberté d'interprétation et d'application de la Convention, qui reste manifestement sous supervision européenne.

En effet, l'énoncé d'une telle grille de critères reste néanmoins très contraignant pour les juridictions nationales puisqu'il conduit le juge des droits de l'homme à examiner le raisonnement et les méthodes de contrôle adoptés en droit interne, dans l'application des conditions systématisées. D'autant que plusieurs difficultés subsistent avec, d'une part, celles de savoir à partir de quel moment le juge européen peut substituer son appréciation à celle des juridictions internes. En effet, même si la Cour déclare le faire qu'en cas de « raisons sérieuses », « *il aurait été de bonne méthode qu'[elle] précise ce que recouvre exactement cette expression* »²²⁵³ afin d'encadrer son intervention, pour l'instant affranchie de toutes bornes identifiées. D'autre part, bien que « *la grille élaborée par le juge européen est fondée sur des éléments objectifs, [...] leur application ne l'est pas* »²²⁵⁴ dans la mesure où elle appelle à une appréciation casuistique de l'affaire, rendant la rationalisation du contrôle de la conciliation des droits délicate²²⁵⁵. La Cour pourra donc, à tout moment, substituer son appréciation à celles des juges nationaux dès lors que, selon les faits d'espèce, les critères dégagés seront différemment interprétés. Ainsi, dans l'affaire Von Hannover n°2 contre Allemagne, la Cour européenne se range certes derrière l'interprétation et l'application nationales des critères mais elle sanctionnera, à l'inverse, celles réalisées dans l'arrêt Axel Springer contre Allemagne, s'agissant de la notoriété de la personne visée et ce, même si cette appréciation « *appartient, en premier lieu, aux juges internes* »²²⁵⁶. Au terme de son contrôle de l'ensemble des critères identifiés, la Cour européenne conclut donc à une disproportion de

était susceptible de toucher au cœur de la vie privée du Prince et ce qui pouvait présenter un intérêt légitime pour le public (§ 143).

²²⁵³ M. AFROUKH, « À la recherche d'un équilibre entre droits à la liberté d'expression et au respect de la vie privée », *JCP G.*, 2012, n°22, 650.

²²⁵⁴ K. BLAY-GRABARCZYK, « Conciliation de la protection des droits d'autrui et de la liberté de la presse : la quête d'un équilibre introuvable », *RTDH*, 2014, n°97, p. 231.

²²⁵⁵ Les critères identifiés seront eux-mêmes sujet à interprétation, comme notamment la notion de « débat d'intérêt public ou général ».

²²⁵⁶ Cour EDH, Gde ch., 7 février 2012, *Axel Springer c. Allemagne*, req. n°39954/08, § 98, *op. cit.*

la mesure d'interdiction. « *Tel qu'il est mis en œuvre [en l'espèce], l'énoncé d'un mode de résolution paraît [donc] peu compatible avec le principe de subsidiarité* »²²⁵⁷.

Elle procédera à l'identique, s'agissant toutefois de la mise en balance des droits respectivement garantis par les articles 10 et 6 § 1 de la Convention, dans l'affaire *Bédât* contre Suisse du 29 mars 2016 dans laquelle elle vient indiquer, de manière expresse, les critères devant guider les autorités nationales dans l'appréciation du caractère « nécessaire » de l'ingérence lorsqu'elles ont à juger d'affaires de violation du secret de l'instruction par un journaliste²²⁵⁸, à savoir : la manière dont le requérant est entré en possession des informations litigieuses, la teneur de l'article litigieux, la contribution de l'article litigieux à un débat d'intérêt général, l'influence de l'article litigieux sur la conduite de la procédure pénale, l'atteinte à la vie privée du prévenu et, enfin, la proportionnalité de la sanction prononcée.

626. Un tel encadrement de l'autonomie nationale et plus précisément, de l'autonomie judiciaire, se perçoit également dans le domaine de la vie privée et familiale des hommes d'Eglise, à la lumière de la jurisprudence *Fernández Martínez* contre Espagne²²⁵⁹. Dans cette affaire concernant le non-renouvellement d'un contrat de travail d'un prêtre catholique pour avoir rendu public son statut d'homme marié, la Grande chambre va là encore élaborer une grille formelle de critères afin de guider la conciliation des intérêts en conflit : ceux du requérant à voir sa vie privée et familiale respectée et ceux des organisations religieuses à voir leur autonomie protégée²²⁶⁰. A ce titre, elle précise que, dans l'examen approfondi de la mise en balance circonstanciée des divers intérêts en jeu, les juridictions nationales devront s'assurer du respect d'une part, de l'autonomie des communautés religieuses, d'autre part, du degré de loyauté exigé à l'égard des personnes qui travaillent pour elles ou qui les représentent²²⁶¹ ainsi que vérifier que le risque allégué est probable et bien sérieux²²⁶². A la suite de cet énoncé pédagogique, clairement mentionné pour orienter le contrôle des juges nationaux, la Cour européenne se livre à une application des principes dégagés et prend en compte, pour ce faire, différents éléments tels que le statut du requérant, la responsabilité de

²²⁵⁷ M. AFROUKH, « À la recherche d'un équilibre entre droits à la liberté d'expression et au respect de la vie privée », *JCP G.*, 2012, n°22, 650.

²²⁵⁸ Cour EDH, Gde ch., 29 mars 2016, *Bédât c. Suisse*, req. n°56925/08, §§ 55 et suiv.

²²⁵⁹ Cour EDH, Gde ch., 12 juin 2014, *Fernández Martínez c. Espagne*, req. n°56030/07, §§ 122, 140 et 151 ; *JCP G.*, 2014, n°28, doct. 832, chron. F. SUDRE.

²²⁶⁰ *Ibid.*, § 123.

²²⁶¹ *Ibid.*, § 131.

²²⁶² *Ibid.*, § 132.

l'État comme employeur, la sévérité de la sanction infligée ou encore, le contrôle exercé par les juridictions internes. À l'aune de ces différents paramètres, elle conclut donc à la nécessité de l'ingérence dans une société démocratique, entérinant l'interprétation et le contrôle des juges espagnols. L'arrêt *Fernández Martínez contre Espagne* confirme donc la tendance du juge européen à un renforcement de la subsidiarité-encadrée qui se matérialise, notamment, au travers d'une identification de critères matériels de contrôle à destination des juridictions nationales, à la fois confirmées et limitées dans le rôle premier de gardien des droits de l'homme.

627. Par conséquent, si l'encadrement substantiel du contrôle de la conciliation des intérêts en présence permet de guider les juridictions nationales afin qu'elles réalisent au mieux un tel contrôle²²⁶³, il ne favorise toutefois pas l'application d'une subsidiarité-liberté mais bien d'une subsidiarité fermement encadrée²²⁶⁴. Le juge national, normalement soumis à une simple obligation de résultat voit, en effet, sa liberté de raisonnement et de choix des méthodes de contrôle limitée, puisque constamment surveillée par la Cour de Strasbourg.

*
* *

628. Le passage jurisprudentiel d'une subsidiarité protectrice de libertés à une subsidiarité d'encadrement des libertés – et donc, désormais, source de contraintes étatiques – s'exprime, tout d'abord, au travers d'un encadrement de l'autonomie nationale dans la protection interne des garanties conventionnelles. Cet encadrement national, pour l'essentiel d'ordre procédural puisque principalement induit par un mouvement intensif de procéduralisation des droits substantiels, pourra être de différents ordres, à savoir d'une part, d'intensité variable et d'autre part, de nature variable. Tout d'abord, même si ce mouvement jurisprudentiel de procéduralisation des droits a pu être identifié comme l'outil d'un

²²⁶³ Voir, en ce sens, Cour EDH, 4 décembre 2012, *Verlagsgruppe news GMBH et Bobi c. Autriche*, req. n°59631/09 ; *GP*, 2013, n°37-38, pp. 18-20, chron. C. MICHALSKI ; Cour EDH, 19 septembre 2013, *Von Hannover c. Allemagne n°3*, req. n°8772/10 ; *JCP G.*, 2013, n°40, 1026, obs. M. AFROUKH, dans laquelle la Cour européenne s'en remet à l'appréciation des juridictions nationales et conclut à la non-violation de la Convention.

²²⁶⁴ Voir, en ce sens, Cour EDH, 19 juin 2012, *Tanasoica c. Roumanie*, req. n°3490/03 ; *GP*, 2012, n°277-278, pp. 21-22, note P. PIOT ; Cour EDH, 12 juin 2014, *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France*, req. n°40454/07 ; *JCP G.*, 2014, n°26, 762, obs. C. PICHERAL. Dans cette affaire, la Cour européenne substitue son appréciation du critère de la contribution à un débat d'intérêt général à celle des juridictions françaises et conclut, *in fine*, à la violation de la Convention. La position de la chambre se verra d'ailleurs confirmée dans un arrêt de Grande chambre du 10 novembre 2015 au cours duquel la Cour insiste sur la correcte interprétation à avoir de ce critère (§ 104 et suiv., spéc. § 114).

renforcement du principe de subsidiarité – dès lors que le juge de Strasbourg « abandonne » aux autorités nationales, les questions de fond pour se concentrer uniquement sur les questions de procédure – il est toutefois la marque d'un encadrement graduel des libertés étatiques. En effet, il pourra provoquer un encadrement *partiel* de l'autonomie nationale – en l'espèce procédurale – et ce, uniquement si ce contrôle n'a pas vocation à s'ajouter au contrôle substantiel, ce qui provoquerait alors un encadrement *global* de l'autonomie nationale, cause d'anéantissement du principe de subsidiarité-liberté. Ensuite, cette mutation de la subsidiarité se manifeste également, au travers d'une refondation des méthodes de contrôle du juge européen – en partie induite par l'intensification du mouvement de procéduralisation des droits – et qui est alors source d'un double encadrement de l'examen interne des ingérences. Il s'agira d'un encadrement *procédural* et touchant essentiellement le pouvoir législatif, *via* une prise en compte par le juge de Strasbourg, de la qualité du processus décisionnel en droit interne²²⁶⁵. S'il est jugé rigoureux et approfondi, ce processus pourra alors suffire au constat européen de conventionnalité et ainsi renforcer le principe de subsidiarité. Mais, à cet encadrement procédural, pourra également s'ajouter un encadrement *substantiel* de l'autonomie judiciaire, *via* l'énoncé de critères précis de contrôle de la conciliation des intérêts en conflit²²⁶⁶ et conduisant la Cour à examiner « *la compatibilité du raisonnement des juridictions internes avec l'article [en cause et donc à se mettre] à la place du juge national* »²²⁶⁷, contrairement à ce que préconise le principe de subsidiarité. Mais l'encadrement des Etats membres ne s'arrête pas là, il s'exprime également en aval du contrôle strasbourgeois, au travers d'un conditionnement de la liberté nationale d'exécution des arrêts de la Cour.

²²⁶⁵ Notons, toutefois, que l'encadrement du pouvoir législatif, induit par l'énoncé d'obligations positives toujours plus précises et nombreuses, peut également se matérialiser *via* d'autres exigences. Voir, pour ce faire, C. MADELAINE, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 2014, p. 394.

²²⁶⁶ Notons, là encore, que l'encadrement du pouvoir judiciaire peut se manifester *via* de nombreuses autres exigences. Voir, pour ce faire, C. MADELAINE, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 405.

²²⁶⁷ G. DE BECO, « Le droit au respect de la vie privée dans les relations de travail au sein des sociétés religieuses. L'approche procédurale de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2011, n°86, p. 389.

SECTION 2 : UN ENCADREMENT DES LIBERTÉS NATIONALES EN MATIÈRE D'EXÉCUTION DES ARRÊTS DE LA COUR

629. La question de l'exécution²²⁶⁸ des arrêts de la Cour est un riche sujet ayant donné lieu à de nombreux écrits²²⁶⁹. Parce qu'elle contribue efficacement à asseoir tant l'autorité du juge que la crédibilité du système²²⁷⁰, cette question de l'exécution des arrêts revêt un intérêt et des enjeux importants, mis notamment en lumière par la Déclaration de Bruxelles qui met particulièrement et à plusieurs égards l'accent sur la nécessité d'une amélioration du processus d'exécution des arrêts²²⁷¹. Comme le souligne en effet la juge Françoise TULKENS, « *un arrêt de la Cour n'est pas une fin en soi : il est la promesse d'un changement pour l'avenir, le début d'un processus qui doit permettre aux droits et libertés d'entrer dans la voie de l'effectivité* »²²⁷². Par conséquent, découle de l'article 46 § 1 de la Convention, une obligation générale d'exécution des arrêts de la Cour. Plus généralement, s'impose à l'Etat, une obligation de respecter le droit à l'exécution des décisions de justice que la Cour tire notamment du principe de prééminence du droit et de l'article 6 de la Convention²²⁷³, le droit à un procès équitable devenant alors « *illusoire si l'ordre juridique*

²²⁶⁸ La notion d'« exécution » employée dans cette section devrait se comprendre comme « *la réalisation effective des dispositions d'une convention ou d'un jugement* ». Voir G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 10^{ème} édition, 2014.

²²⁶⁹ Voir, parmi d'autres, F. LAZAUD, *L'exécution par la France des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006 ; X-B. RUEDIN, *Exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2009 ; E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Édition du Conseil de l'Europe, 2008 ; L. SERMET, « La surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, entre ombre et lumière. – Du premier rapport annuel du Comité des ministres sur l'exécution des arrêts », *JCP G.*, 2008, n°17, act. 281 ; K. BLAY-GRABARCZYK, M. AFROUKH, A. SCHAHMANECHE, « Le contrôle de l'exécution des arrêts de la Cour EDH, Aspects européens: acteurs politiques et acteurs juridictionnels », *RFDA*, 2014, n°5, pp. 935-956 ; G. MALINVERNI, « La compétence de la Cour pour surveiller l'exécution de ses propres arrêts », in *Mélanges en l'honneur de Ch. L. ROZAKIS, La convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant*, Bruylant, 2011, pp. 361-375 ; F. SUDRE, « A propos de l'obligation d'exécution d'un arrêt de condamnation de la Cour Européenne des Droits de l'homme », Note sous Conseil d'État, Section, 4 octobre 2012, *Baumet*, n°328502, *RFDA*, 2013, p. 103 et suiv. ; L. MILANO, « Nouvelle étape dans le renforcement de l'exécution des arrêts de la Cour EDH », *JCP G.*, 2014, n°43, 1089.

²²⁷⁰ Rapport explicatif du Protocole n°14 à la Convention européenne des Droits de l'Homme, amendant le système de contrôle de la Convention, § 16.

²²⁷¹ Déclaration de Bruxelles, Conférence de haut niveau sur la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme, une responsabilité partagée, 27 mars 2015, p. 1.

²²⁷² F. TULKENS, « L'exécution et les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Le rôle du judiciaire », in *Cour européenne des Droits de l'homme*, *Dialogue entre juges*, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2006, p. 12.

²²⁷³ Cour EDH, 19 mars 1997, *Hornsby c. Grèce*, req. n°18357/91, Rec. 1997-II, § 40 ; *GACEDH*, n°33 ; *AJDA*, 1997, p. 979 et suiv., chron. J.F. FLAUSS.

interne d'un Etat contractant permet qu'une décision judiciaire définitive et obligatoire reste inopérante au détriment d'une partie »²²⁷⁴. Ainsi, l'Etat membre qui voit sa responsabilité internationale engagée doit veiller à se conformer aux arrêts définitifs et obligatoires de la Cour dans les litiges auxquels il est partie. Pour ce faire, il reste toutefois libre de choisir les moyens à prendre²²⁷⁵, la Cour affirmant « *que ses arrêts laissent à l'État concerné le choix des moyens à utiliser dans son ordre juridique interne pour s'acquitter de l'obligation* »²²⁷⁶ d'exécution. Cette liberté nationale dans l'exécution des arrêts s'explique d'une part, au regard du caractère – certes obligatoires²²⁷⁷ – mais aussi seulement déclaratoires des arrêts de la Cour, qui n'imposent dès lors à l'Etat qu'une obligation de résultat, sans détermination des mesures nationales à prendre pour se conformer aux exigences conventionnelles. Ce caractère déclaratoire des arrêts implique pour la juridiction européenne de se limiter au seul constat de violation d'une garantie conventionnelle puisque, dans la mesure où ces arrêts ne sont pourvus d'aucune force exécutoire, elle ne peut, elle-même, ni modifier ni abroger les législations ou actes nationaux contraires au texte conventionnel²²⁷⁸. D'autre part, cette liberté des moyens d'exécution se justifie dans la mesure où les autorités internes sont nécessairement les mieux placées pour déterminer les mesures nationales à prendre afin de respecter leurs engagements internationaux²²⁷⁹.

630. Mais « *face à une crise de l'exécution, la Cour s'est sentie obligée de réagir, en faisant évoluer sa jurisprudence sur le terrain de l'article 46* »²²⁸⁰. Si le contrôle de l'exécution des arrêts est normalement politique²²⁸¹, il tend désormais à se juridictionnaliser. Ainsi, la Cour va d'une part, redéfinir la portée de l'obligation générale d'exécution de ses arrêts et se livrer, par là même, à un encadrement *a priori*, en amont de l'exécution de l'arrêt,

²²⁷⁴ *Ibid.*

²²⁷⁵ Voir, parmi d'autres, V. ESPOSITO, « La liberté des Etats dans le choix des moyens de mise en œuvre des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2003, n°55, pp. 823-849.

²²⁷⁶ Cour EDH, 26 mai 1988, *Pauwels c. Belgique*, req. n°10208/82, série A n°135, § 41.

²²⁷⁷ Article 46 de la Convention européenne des droits de l'homme.

²²⁷⁸ Voir, notamment, Cour EDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n°6833/74, série A n°31, § 58 ; *GACEDH*, n°51 : La Cour « *ne saurait annuler ou abroger par elle-même les dispositions litigieuses : déclaratoire pour l'essentiel, elle laisse à l'État le choix des moyens à utiliser dans son ordre juridique interne pour s'acquitter de l'obligation qui découle pour lui de l'article 53* » (devenu l'article 46).

²²⁷⁹ En effet, la Cour justifie le libre « *choix des moyens à mettre en œuvre pour redresser des atteintes aux droits* » par le fait que les Etats « *sont [bien] les mieux placés pour apprécier les modalités pratiques, les priorités et les intérêts concurrents au niveau interne* ». Voir en ce sens, Cour EDH, Gde ch., 1 mars 2010, *Demopoulos et autres c. Turquie*, req. n°46113/99, Rec. 2010, § 118 ; *American journal of international law*, 2010, n°104-4, pp. 628-636, note A. SOLOMOU.

²²⁸⁰ E. LAMBERT-ABDELGAWAD, « Subsidiarité et exécution des arrêts : L'obligation de moyens dans l'exécution des arrêts », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, édition Nemesis, Anthemis, 2014, pp. 142-143.

²²⁸¹ Voir, en ce sens, l'article 46 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme.

du libre choix des moyens de l'Etat (§. 1). D'autre part, elle va progressivement s'octroyer la compétence de contrôler ses propres arrêts et ainsi se livrer à un encadrement *a posteriori*, en aval de l'exécution en droit interne, du libre choix des moyens de l'Etat (§. 2). De cette manière, le juge européen se réserve donc, désormais, la compétence d'encadrer « *la mise en œuvre et l'exécution des arrêts, devenues le lieu privilégié où s'épanouit la fonction de Mentor exercée par la Cour* »²²⁸². Cet encadrement jurisprudentiel – marque d'une volonté du juge d'inscrire le principe de subsidiarité au cœur d'une politique jurisprudentielle de responsabilisation des Etats – s'accompagne également d'actions des autres organes du système européen, tel que le Comité des ministres notamment. Ainsi, la mise en place d'une procédure de surveillance soutenue²²⁸³, l'accentuation d'une synergie des « acteurs » du contrôle de l'exécution – Comité des ministres, Assemblée parlementaire, Commissaire des droits de l'homme, Cour européenne²²⁸⁴ – ou encore la pratique du Comité consistant à identifier des problèmes structurels, en l'absence de constat par la Cour, « *afin de faire pression sur l'Etat pour une exécution plus rapide de l'affaire* »²²⁸⁵, participent également – même si elles n'intéressent pas directement notre démonstration – à l'encadrement de la liberté d'exécution des Etats contractants.

§1- Un encadrement *a priori* du libre choix des moyens d'exécution

631. Cette obligation générale d'exécution des arrêts de la Cour, énoncée à l'article 46 § 1 de la Convention, se décompose normalement en deux exigences spécifiques. Il incombe tout d'abord à l'Etat défendeur, « *une obligation de cessation de l'illicite* » qui lui impose donc de mettre un terme à la violation constatée par la Cour dans le litige auquel l'Etat est partie. Lui incombe ensuite, « *une obligation de réparation* » des dommages causés par la violation et donc l'obligation d'effacer les conséquences de cette violation, de manière à rétablir au mieux la situation antérieure à celle-ci. Enfin, la Cour a finalement déduit de

²²⁸² P. TAVERNIER, « Réflexions sur le rôle de mentor du juge des droits de l'homme, à propos de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg », in *Mélanges en l'honneur du Professeur P. J. PARARAS, Les droits de l'homme en évolution*, Bruylant, 2009, p. 488.

²²⁸³ Voir, en ce sens, le rapport annuel, 2011, du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, sur la *Surveillance de l'exécution des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, p. 19.

²²⁸⁴ Voir, en ce sens, K. BLAY-GRABARCZYK, M. AFROUKH, A. SCHAHMANECHE, « Le contrôle de l'exécution des arrêts de la Cour EDH, Aspects européens: acteurs politiques et acteurs juridictionnels », *RFDA*, 2014, n°5, p. 935 et suiv.

²²⁸⁵ E. LAMBERT-ABDELGAWAD, « L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (2006) », *RTDH*, 2007, n°71, p. 675.

l'obligation générale d'exécution, une troisième exigence opposable à l'Etat membre, à savoir une « *obligation de non répétition de l'illicite* » afin d'éviter le renouvellement des violations semblables et la multiplication des requêtes répétitives. En effet, l'Etat membre, coupable d'une violation de la Convention, est désormais appelé « *à choisir [...] les mesures générales et/ou, le cas échéant, individuelles à adopter dans son ordre juridique interne, afin de mettre un terme à la violation constatée par la Cour et d'en effacer, autant que possible, les conséquences* »²²⁸⁶. Deux constats s'imposent donc. D'une part, la Cour vient contraindre l'Etat à la prise de mesures générales (i.e. mesures préventives répondant à l'obligation de non répétition de l'illicite) alors même que l'article 46 § 1 impose une mise en conformité seulement *inter partes* et d'autre part, elle vient imposer la prise de mesures générales avant toutes mesures individuelles (i.e. mesures curatives répondant à l'obligation de cessation de l'illicite).

632. Toutefois, que ce soit pour s'acquitter de son obligation de cessation ou de prévention de l'illicite, l'Etat est normalement libre de choisir les moyens qu'il juge appropriés pour se mettre en conformité avec un arrêt constatant une violation de la Convention²²⁸⁷. S'agissant de son obligation de réparation, l'Etat membre est là encore en principe libre de choisir la réparation adéquate à adopter puisqu'en cas de violation, l'article 41 de la Convention confère compétence à la Cour pour accorder une satisfaction équitable à la partie lésée que d'une part, « *s'il y a lieu* »²²⁸⁸ et d'autre part, si le droit interne ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de la violation. L'indemnité financière prononcée par la Cour est donc doublement subsidiaire dans la mesure où, elle n'intervient qu'en cas d'impossibilité pour l'Etat de permettre une remise en l'état et seulement « *s'il y a lieu* » de prononcer une compensation financière. En effet, la réparation adéquate est par principe celle de la *restitutio in integrum*²²⁸⁹, la Cour affirmant de jurisprudence constante qu'un « *arrêt constatant une violation entraîne pour l'État défendeur l'obligation juridique [...] de mettre un terme à la violation et d'en effacer les conséquences de manière à rétablir*

²²⁸⁶ Cour EDH, Gde ch., 13 juillet 2000, *Scozzari et Giunta c. Italie*, req. n°39221/98 et 41963/98, Rec. 2003-VIII, § 249 ; *JDE*, 2001, n°76, pp. 34-43, chron. P. LAMBERT, confirmé notamment par Cour EDH, Gde ch., 6 janvier 2011, *Paksas c. Lituanie*, req. n°34932/04, Rec. 2011, § 119 ; *JCP G.*, 2011, n°35, pp. 1506-1512, chron. F. SUDRE.

²²⁸⁷ Cour EDH, 31 octobre 1995, *Papamichalopoulos et autres c. Grèce* (article 50), req. n°14556/89, série A n°330-B, § 34 ; *GACEDH*, n°75 ; *RTDH*, 1997, n°31, pp. 477-492, obs. M-A. BEERNAERT .

²²⁸⁸ Article 41 de la Convention européenne des droits de l'homme.

²²⁸⁹ Cette expression composée du substantif « *restitutio* » qui veut dire « rétablissement » ou « restitution » et de l'expression « *in integrum* » qui veut dire « en entier », signifie donc littéralement « restitution intégrale ».

autant que faire se peut la situation antérieure à celle-ci »²²⁹⁰. La Cour confirme, par ailleurs, que « *si la nature de la violation permet une restitutio in integrum, il incombe à l'État défendeur de la réaliser, n'ayant ni la compétence ni la possibilité pratique de l'accomplir elle-même* »²²⁹¹. En revanche, si « *le droit national ne permet pas ou ne permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences de la violation, l'article 50 [actuellement article 41 de la Convention] habilite la Cour à accorder, s'il y a lieu, à la partie lésée la satisfaction qui lui semble appropriée* »²²⁹². Cette remise des choses en l'état se traduit, notamment en pratique, par une restitution en nature des biens litigieux²²⁹³, ou bien par l'adoption de « *mesures nécessaires pour mettre un terme à la détention arbitraire des requérants encore incarcérés et assurer leur libération immédiate* »²²⁹⁴. Toutefois, parce que la restitution intégrale est la plupart du temps impossible à mettre en œuvre²²⁹⁵, elle conduit la Cour à se prononcer sur le terrain de la satisfaction équitable et donc de la réparation financière.

633. Ainsi, tant sur le terrain de l'obligation de cessation et de prévention de l'illicite (A) que sur celui de l'obligation de la réparation (B), l'heure est manifestement à l'encadrement des libertés étatiques afin d'aider au mieux l'Etat défendeur à exécuter rapidement les arrêts européens et ainsi améliorer la mise en œuvre d'une subsidiarité manifestement encadrée²²⁹⁶.

²²⁹⁰ Cour EDH, 31 octobre 1995, *Papamichalopoulos et autres c. Grèce*, *op. cit.*

²²⁹¹ *Ibid.*

²²⁹² *Ibid.*

²²⁹³ *Ibid.*

²²⁹⁴ Cour EDH, Gde ch., 8 juillet 2004, *Ilascu et autres c. Moldova et Russie*, req. n°48787/99, Rec. 2004-VII, § 490 ; *GACEDH*, n°70 ; *RGDIP*, 2005, pp. 581-607, comm. I. PETCULESCU.

²²⁹⁵ Cette mise en œuvre se voit limitée par différents obstacles juridiques, matériels ou tout simplement pratiques. En effet, la Cour constate, parfois, que « *le droit interne de l'État en cause fait obstacle* » à toute possibilité d'effacer en intégralité les conséquences de la violation, le principe se voyant donc dans l'impossibilité d'être mis en œuvre du fait d'une limite juridique propre au système national en cause (Cour EDH, 10 mars 1972, *De Wilde, Ooms et Versyp (« Vagabondage ») c. Belgique (article 50)*, req. n°2832/66 et al., série A n°14, § 20). Le juge européen relève également que « *l'impossibilité de restitutio in integrum résulte de la nature même de la lésion* » (*idem*) sur le fondement de l'ancienne affaire *Guzzardi* contre Italie où il constate que « *le droit interne italien ne permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences de la violation constatée* » dans la mesure où « *une réparation intégrale (restitutio in integrum) est empêchée par la nature intrinsèque d'une lésion qui consiste en une privation de liberté contraire à l'article 5 § 1* » (Cour EDH, 6 novembre 1980, *Guzzardi c. Italie*, req. n°7367/76, série A n°39, § 113). Enfin, la *restitutio in integrum* est également difficilement réalisable dans la mesure où, certes, une simple remise des choses en l'état est possible mais qu'elle ne permet que rarement d'effacer l'ensemble des conséquences de la violation, notamment au titre du préjudice moral ou des douleurs psychiques ressenties par le requérant.

²²⁹⁶ Voir, par exemple, Cour EDH, 11 avril 2013, *Vyerentsov c. Ukraine*, req. n°20372/11, § 94.

A- Une redéfinition de l'obligation de cessation et de prévention de l'illicite

634. Si découle du principe de subsidiarité, une liberté de choix des moyens à prendre pour se conformer à l'obligation de cessation mais aussi de prévention de l'illicite, des limites – que l'on pourrait qualifier de naturelles ou d'inhérentes au système européen – viennent néanmoins encadrer cette liberté.

635. Quatre limites doivent être, en ce sens, recensées.

Tout d'abord, cette liberté de moyens d'exécution se dessine comme une liberté de *principe*²²⁹⁷, à laquelle va donc naturellement et progressivement se rattacher, des exceptions.

Ensuite, la liberté d'exécution des arrêts européens s'exerce dans la limite d'une surveillance du Comité des Ministres²²⁹⁸, notamment quant à l'effacement des conséquences de la violation et du respect de l'obligation de réparation opposés à l'Etat²²⁹⁹.

Il est par ailleurs logique que les moyens employés par l'Etat soient évidemment « compatibles avec les conclusions contenues dans l'arrêt de la Cour »²³⁰⁰ et plus généralement – du fait d'une lecture combinée des articles 1er et 46 de la Convention – qu'ils soient compatibles avec les exigences conventionnelles dans leur ensemble.

Enfin, la liberté étatique d'exécution des arrêts dépend, tout bonnement, de l'origine de la violation constatée et pourra donc être réduite à néant lorsque la nature de cette violation « n'offre pas réellement de choix parmi les différentes sortes de mesures susceptibles d'y remédier »²³⁰¹. Ainsi, lorsque la violation trouve son origine dans la détention arbitraire d'une personne, il n'existe guère d'autres moyens pour se conformer aux exigences découlant de la décision, que « d'assurer la remise en liberté du requérant dans les plus brefs délais »²³⁰².

²²⁹⁷ Voir dans ce sens, entre autres, Cour EDH, Gde ch., 30 juin 2009, *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse* (n°2), *op. cit.*, § 88 : « l'Etat défendeur reste libre en principe, sous le contrôle du Comité des Ministres, de choisir les moyens de s'acquitter de ses obligations au titre de l'article 46 § 1 de la Convention ».

²²⁹⁸ Article 46 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme stipule, en effet, que « l'arrêt définitif de la Cour est transmis au Comité des Ministres qui en surveille l'exécution ».

²²⁹⁹ Le Comité des Ministres pourra, par exemple, adopter des résolutions intérimaires afin de « faire le point sur l'état d'avancement de l'exécution ou, le cas échéant, d'exprimer sa préoccupation et/ou de formuler des suggestions en ce qui concerne l'exécution » (Règles n°16 adoptées le 10 mai 2006 par le Comité des Ministres en vue de l'application de l'article 46, paragraphe 2, de la Convention européenne des Droits de l'Homme).

²³⁰⁰ Cour EDH, Gde ch., 13 juillet 2000, *Scozzari et Giunta c. Italie*, req. n°39221/98 et 41963/98, Rec. 2003-VIII, § 249 ; *JDE*, 2001, n°76, pp. 34-43, chron. P. LAMBERT ; Cour EDH, Gde ch., 22 juin 2004, *Broniowski c. Pologne*, req. n°31443/96, Rec. 2004-V, § 192 ; *GACEDH*, n°74 ; *JCP A.*, 2006, n°21, pp. 661-664, comm. D. SZYMCAK ; *RTDH*, 2005, n°61, comm. E. LAMBERT-ABDELGAWAD ; *RRJ*, 2005, n°2, pp. 913-934, comm. F. LAZAUD.

²³⁰¹ Cour EDH, Gde ch., 8 avril 2004, *Assanidzé c. Géorgie*, req. n°71503/01, Rec. 2004-II, § 202 ; *JDI*, 2005, pp. 469-471, note M. EUDES confirmé, récemment par Cour EDH, Gde ch., 21 janvier 2011, *M.S.S c. Belgique et Grèce*, req. n°30696/09, § 399 ; *JCP G.*, 2011, n°16, pp. 760-763, comm. E. DUBOUT.

²³⁰² Cour EDH, Gde ch., 8 avril 2004, *Assanidzé c. Géorgie*, *op. cit.*, § 203.

C'est notamment ce que confirme la Cour dans une affaire *Del Río Prada contre Espagne*²³⁰³. De même lorsque la violation a pour origine la privation de propriété et l'expropriation indirecte de terrains, les moyens à prendre seront naturellement limités à une mesure de restitution des terrains litigieux²³⁰⁴. Plus largement, l'origine de la violation peut, en tout état de cause, restreindre cette liberté, dès lors qu'une violation découlant de dispositions législatives inconstitutionnelles impliquera, nécessairement, l'abrogation d'une telle législation²³⁰⁵.

636. Mais, à ces limites naturelles, s'ajoute également une pratique jurisprudentielle restrictive du libre choix des moyens de l'Etat qui, peu à peu, conduit la Cour à la redéfinition de l'obligation générale d'exécution. Dans une affaire *Lavents contre Lettonie*, la Cour européenne rappelle « *qu'il appartient à l'Etat de choisir les moyens à utiliser dans son ordre juridique interne pour redresser une situation ayant donné lieu à une violation, et que la Convention ne confère pas compétence à la Cour pour adresser aux Hautes Parties contractantes des directives et des injonctions* »²³⁰⁶. La Cour confirme donc, qu'elle n'est pas habilitée à exiger du Gouvernement défendeur « *la réouverture d'une procédure* »²³⁰⁷, « *l'annulation de l'arrêté d'expulsion litigieux* »²³⁰⁸ ou encore à imposer un nouveau jugement du requérant par une Cour d'assise²³⁰⁹. Pourtant, dans l'arrêt *Clerck contre Belgique* du 25 septembre 2007, ce n'est plus qu'« *en principe* »²³¹⁰ que « *la Convention [...] ne confère pas à la Cour compétence pour adresser [...] des directives et des injonctions* »²³¹¹. Ainsi, elle va progressivement préciser la teneur de ces mesures dont la nature juridique peut varier, allant de simples mesures indicatives à de véritables mesures impératives²³¹². Le degré d'encadrement de l'Etat membre pourra, notamment, varier en fonction de « l'endroit » où

²³⁰³ Cour EDH, Gde ch., 21 octobre 2013, *Del rio prada c. Espagne*, req. n°42750/09, §§ 138-139 ; *Droit pénal*, 2013, n°12, p. 48, note V. PELTIER.

²³⁰⁴ Cour EDH, 31 octobre 1995, *Papamichalopoulos et al. c. Grèce*, *op. cit.*

²³⁰⁵ Voir dans ce sens, Cour EDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, req. n°7525/76, série A n°45 ; *GACEDH*, n°48.

²³⁰⁶ Cour EDH, 28 novembre 2002, *Lavents c. Lettonie*, req. n°58442/00, § 147.

²³⁰⁷ Cour EDH, 22 septembre 1994, *Pelladoah c. Pays-Bas*, req. n°16737/90, série A n°297-B, § 44.

²³⁰⁸ Cour EDH, 13 juillet 1995, *Nasri c. France*, req. n°19465/92, série A n°320-B, § 50.

²³⁰⁹ Cour EDH, 24 mars 1993, *Remli c. France*, req. n°16839/90, Rec. 1996-II, § 54.

²³¹⁰ Cour EDH, 25 septembre 2007, *De Clerck c. Belgique*, req. n°34316/02, § 98.

²³¹¹ *Ibid.*

²³¹² A titre indicatif, notons que dans le système interaméricain des droits de l'homme, l'article 63 de la Convention interaméricaine confère expressément compétence à la Cour de San José pour prononcer de telles injonctions. Voir, parmi d'autres, G. COHEN-JONATHAN, « Quelques considérations sur la réparation accordée aux victimes d'une violation de la CEDH », in *Mélanges en l'hommage à Pierre LAMBERT : Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Bruylant, 2000, p. 117 et suiv. ; M. PINTO, « La réparation dans le système interaméricain des droits de l'homme. A propos de l'arrêt *Aloeboetoe* », *Annuaire français de droit international*, vol. 42, 1996, pp. 733-747.

sont indiquées les mesures à prendre, dès lors que l'énoncé de telles mesures dans les motifs de l'arrêt apparaît moins contraignant pour l'Etat que si l'indication se situe dans son dispositif et revêt ainsi un caractère obligatoire²³¹³. Or, même si l'indication des mesures à prendre a d'une part, l'avantage de faciliter une exécution rapide des arrêts européens et que d'autre part, la doctrine est globalement favorable à cette pratique, en voie de développement²³¹⁴, l'énonciation banalisée de mesures individuelles (1) mais aussi générales (2) nécessaires à l'exécution d'un arrêt au plan national²³¹⁵, conduit manifestement à une limitation de la liberté d'exécution des Etats membres, pourtant à l'origine garantie au regard de leur « *pouvoir discrétionnaire* »²³¹⁶ et de leur compétence quasi-exclusive (i.e. sous surveillance du comité des ministres) quant à la manière d'exécuter un arrêt.

1- L'énonciation banalisée de mesures individuelles

637. Malgré son affirmation de principe selon laquelle les Etats membres disposent d'une liberté de choix des moyens pour se conformer aux arrêts européens, la Cour s'est progressivement immiscée sur le terrain de la définition des mesures individuelles à prendre, limitant donc la liberté des Etats dans leur obligation de cessation de l'illicite. Cet encadrement de la liberté nationale est, une fois encore, de degré variable selon que la Cour s'en tient à la seule indication de mesures « *dont le choix et l'accomplissement restent à la discrétion de l'Etat concerné* »²³¹⁷ ou, à l'inverse, prononce de véritables injonctions devant être, par ailleurs, adoptées dans un délai limité et encadré. En d'autres termes, c'est un

²³¹³ L-A. SICILIANOS, « La mise en œuvre des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : une responsabilité judiciaire partagée ? », *Dialogue entre juges*, 2014, Editions du Conseil de l'Europe, p. 19.

²³¹⁴ Voir, parmi d'autres, E. LAMBERT-ABDELGAWAD, « Le Protocole n°14 et l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », in G. COHEN-JONATHAN et J-F. FLAUSS (dir.), *La réforme du système de contrôle contentieux de la Convention européenne des droits de l'homme : le Protocole n°14 et les recommandations et résolutions du Comité des ministres : actes du séminaire organisé à Strasbourg le 7 juillet 2004*, Bruylant, 2005, p. 108 et suiv.

²³¹⁵ Mustapha AFROUKH explique que si cette pratique jurisprudentielle concernait avant tout des affaires où étaient en cause des « *core rights* », et donc des affaires touchant à la liberté ou l'intégrité physiques de la personne (Cour EDH, 25 septembre 2007, *De Clerck c. Belgique*, req. n°34316/02, § 99), depuis l'arrêt Gluhakovic contre Croatie du 12 avril 2011, cette pratique n'est manifestement plus limitée à ces hypothèses. Dans cette affaire, la Cour européenne vient en effet préciser, pour la première fois, les mesures individuelles à prendre sur le terrain du droit au respect de la vie familiale. En l'espèce, la Cour invite l'Etat à définir des horaires de rencontre compatibles avec les obligations professionnelles du père ainsi qu'un lieu adapté à de telles rencontres (Cour EDH, 12 avril 2011, *Gluhakovic c. Croatie*, req. n°21188/09, § 89 (traduit par nous) ; *JCP G.*, 2011, n°18, 532, obs. C. PICHERAL). Voir M. AFROUKH, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'exécution de ses arrêts », *RDLF*, 2012, chron. n°5.

²³¹⁶ Cour EDH, 12 avril 2011, *Gluhakovic c. Croatie*, *op. cit.*, § 86.

²³¹⁷ Cour EDH, Gde ch., 12 mai 2005, *Ocalan c. Turquie*, req. n°46221/99, Rec. 2005-IV, § 201 ; *GACEDH*, n°13 ; *JDI*, 2006, n°3, pp. 1085-1090, note E. DECAUX.

encadrement graduel de la liberté de moyens des Etats qui doit être remarqué dans la jurisprudence européenne et dont le degré varie principalement en fonction de la manière dont le juge procède, selon qu'il prononce de simples indications ou de véritables injonctions.

638. S'agissant, tout d'abord, de *l'indication* par la Cour de mesures individuelles, le juge va soit employer le conditionnel présent afin d'exprimer un souhait, une hypothèse et d'ainsi faire preuve d'une certaine réserve tout en aiguillant néanmoins l'Etat membre sur le terrain des mesures à prendre²³¹⁸, soit proposer une manière d'exécuter l'arrêt tout en laissant le choix de la mesure et de sa mise en œuvre à la discrétion de l'Etat.

Ainsi et d'une part, la Cour indique par exemple que « *la meilleure forme de réparation consisterait en principe dans la rétrocession du terrain* »²³¹⁹ litigieux ou « *qu'en principe le redressement le plus approprié serait de faire rejuger le requérant en temps utile par un tribunal indépendant et impartial* »²³²⁰. Parfois, elle propose même à l'Etat deux options pour effacer les conséquences de la violation des droits du requérant et précise que « *les autorités devraient vérifier si le requérant souhaite rester dans le foyer [...] de Pastra ou dans un autre foyer pour personnes atteintes de troubles mentaux* » et dans le cas contraire, qu'« *il [leur] incomberait de réexaminer sa situation* »²³²¹.

D'autre part, la Cour peut estimer, tout en laissant une part de liberté à l'Etat pour définir précisément le contenu et la mise en œuvre de telles mesures, que l'Etat défendeur devra « *entreprendre toutes les démarches possibles pour obtenir des autorités libyennes l'assurance que les requérants ne seront ni soumis à des traitements contraires à l'article 3 de la Convention ni rapatriés arbitrairement* »²³²² ou, s'agissant de l'obligation individuelle de réouverture d'une procédure pénale (mais aussi judiciaire²³²³), qu'« *un nouveau procès ou la réouverture de la procédure [...] représente en principe le moyen le plus approprié de redresser la violation constatée* »²³²⁴. Si une part de liberté – toutefois limitée – semble ainsi

²³¹⁸ Voir, en ce sens, A. SCHAHMANECHE, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, Pedone, 2014, p. 307.

²³¹⁹ Cour EDH, 3 juillet 1997, *Hentrich c. France*, req. n°13616/88, Rec. 1997-IV, § 10.

²³²⁰ Cour EDH, 23 octobre 2003, *Gençel c. Turquie*, req. n°53431/99, § 27 ; Cour EDH, 18 mai 2010, *Ogaristi c. Italie*, req. n°231/07, § 82.

²³²¹ Cour EDH, Gde ch., 17 janvier 2012, *Stanev c. Bulgarie*, req. n°36760/06, § 257.

²³²² Cour EDH, Gde ch., 23 février 2012, *Hirsi Jamaa et al. c. Italie*, req. n°27765/09, Rec. 2012, § 211 ; JCP G., 2012, n°13, p. 614, obs. C. PICHERAL.

²³²³ Cour EDH, 13 décembre 2011, *Ajdarić c. Croatie*, req. n°20883/09, § 58.

²³²⁴ Cour EDH, Gde ch., 12 mai 2005, *Ocalan c. Turquie*, op. cit., § 201 ; *GACEDH*, n°13 ; Cour EDH, Gde ch., 2 novembre 2010, *Saknovski c. Russie*, req. n°21272/03, § 112 ; Cour EDH, 25 novembre 2014, *Fatma nur erten et adnan erten c. Turquie*, req. n°14674/11, § 37 etc.

sauvegardée lors de la simple indication de mesures individuelles, l'encadrement de la liberté de moyens des Etats sera d'autant plus fort, lorsque la Cour vient les sommer d'adopter des mesures individuelles définies par elle.

639. S'agissant ensuite des injonctions – plus rares – de mesures individuelles à prendre, la Cour européenne n'hésite plus, par exemple, à sommer l'Etat membre de restituer les terrains litigieux, dans un délai de six mois à partir du prononcé de l'arrêt, sous peine de quoi la Grèce devra verser aux intéressés une somme équivalente à la valeur actuelle des terrains augmentée de la plus-value apportée par la construction des bâtiments²³²⁵. Par ailleurs et au-delà de l'hypothèse classique, précédemment envisagée, d'une remise en liberté du requérant découlant naturellement de la nature de la violation en cause²³²⁶, la Cour va enjoindre l'Etat d'adopter « *de nouvelles mesures d'enquête [devant] inclure la réalisation d'une enquête pénale effective visant à l'identification et le cas échéant, à la sanction des responsables du décès du fils du requérant* »²³²⁷. Dans cette affaire *Ataykaya* contre Turquie du 27 juillet 2014, la deuxième section abandonne, d'ailleurs, l'emploi du conditionnel présent pour celui du futur simple²³²⁸, réduisant par là même la marge de manœuvre des Etats membre dans le choix des mesures d'exécution. Face à la violation des droits procéduraux, la Grande chambre pourra également imposer une obligation de réexamen²³²⁹, affirmant dans son affaire *M.S.S. contre Belgique et Grèce* par exemple, « qu'il incombe à la Grèce de procéder à brève échéance à un examen du bien-fondé de la demande d'asile du requérant qui satisfasse aux exigences de la Convention et de s'abstenir, en attendant l'issue de cet examen, de tout éloignement du requérant »²³³⁰. Enfin, elle ira jusqu'à énoncer la mesure à prendre, dans le dispositif même de l'arrêt, imposant à l'Etat une obligation « *d'assurer que la*

²³²⁵ Cour EDH, 31 octobre 1995, *Papamichalopoulos et al. c. Grèce*, op. cit., §§ 38 et 39.

²³²⁶ Voir, également, Cour EDH, 22 avril 2010, *Fatullayev c. Azerbaïdjan*, req. n°40984/07, §§ 176 et 177.

²³²⁷ Cour EDH, 22 juillet 2014, *Ataykaya c. Turquie*, req. n°50275/08, § 75 ; JCP G., 2014, n°37, obs. M. AFROUKH.

²³²⁸ *Ibid.*, § 75 : « les mesures que les autorités nationales auront à prendre aux fins de lutter contre l'impunité ».

²³²⁹ A l'inverse, dans une affaire Cour EDH, Gde ch., 5 février 2015, *Bochan c. Ukraine* (n°2), req. n°22251/08, § 72 : « la Cour ne juge pas opportun de rechercher si un réexamen de cette affaire au niveau interne est réalisable [...], eu égard en particulier au laps de temps considérable qui s'est écoulé dans l'intervalle ainsi qu'aux répercussions qu'un tel réexamen pourrait avoir sur les principes de l'autorité de la chose jugée et de la sécurité juridique relativement à un procès civil clos, ainsi que sur les intérêts légitimes des tiers ».

²³³⁰ Cour EDH, Gde ch., 21 janvier 2011, *M.S.S c. Belgique et Grèce*, req. n°30696/09, § 402 ; JCP G., 2011, n°16, pp. 760-763, comm. E. DUBOUT.

réclusion criminelle à perpétuité, infligée au requérant, soit remplacée par une peine conforme aux principes énoncés dans le présent arrêt »²³³¹.

640. Par conséquent, lorsque « *la Cour estime nécessaire d'indiquer des mesures individuelles qui s'imposent dans le cadre de l'exécution du présent arrêt à l'égard du requérant* »²³³², elle va déjà au-delà des limites de son contrôle à l'aune d'une stricte logique de subsidiarité-liberté. La définition de telles mesures individuelles peut néanmoins se justifier dans la mesure où d'une part, elle oriente l'Etat sur la voie d'une résolution du cas d'espèce soumis à la Cour²³³³ et d'autre part, elle emprunte surtout la voie des indications ou recommandations, plus que celles des injonctions. Cependant, l'obligation de prendre des mesures, non plus individuelles, mais aussi générales – qui d'une part, dépassent largement le cadre d'une résolution du litige concret puisqu'elles concernent l'organisation du système national dans son ensemble et d'autre part, sont plus souvent de nature impérative, notamment dans le cadre des affaires pilotes – limite d'autant plus la liberté de choix des moyens de mise en conformité de l'Etat.

2- L'énonciation banalisée de mesures générales

641. Ne se limitant plus au seul énoncé de mesures individuelles, la Cour européenne va parfois préciser – au vu de la nature et de l'origine de la violation – que la présente affaire appelle l'adoption de mesures générales afin d'éviter une répétition de l'illicite, tout en insistant néanmoins sur le fait qu'il ne lui appartient pas « *d'indiquer les mesures que l'État défendeur doit prendre à cet effet* »²³³⁴. Ainsi, elle indique par exemple que « *le redressement le plus approprié [...] serait la mise en conformité du droit national avec l'article 13 de la Convention* »²³³⁵, tout en laissant à l'Etat membre le choix des mesures générales à prendre pour se conformer à son obligation conventionnelle.

642. Néanmoins, cette autolimitation de principe se voit par maintes occasions contournée, la Cour n'hésitant plus à encadrer, avec plus de précisions, « *les mesures*

²³³¹ Cour EDH, Gde ch., 17 septembre 2009, *Scoppola c. Italie* (N°2), req. n°10249/03, Rec. 2009, § 154 de l'arrêt et § 6 du dispositif ; *JDE*, 2010, n°166, pp. 58-65, chron. F. KRENC.

²³³² Cour EDH, Gde ch., 21 janvier 2011, *M.S.S c. Belgique et Grèce*, *op. cit.*, § 400.

²³³³ Les mesures individuelles, en ce qu'elles se rapportent directement à la situation du requérant et tendent à remédier aux effets découlant de la violation, peuvent donc se comprendre.

²³³⁴ Cour EDH, 11 décembre 2014, *AL.K. c. Grèce*, req. n°63542/11, § 71.

²³³⁵ Cour EDH, 16 juillet 2009, *Daneshpayeh c. Turquie*, req. n°21086/04, § 51.

législatives nécessaires »²³³⁶ dans le cadre de l'exécution d'un arrêt. A nouveau, la Cour de Strasbourg procédera de deux manières principales, *soit* en *indiquant* seulement le type de mesures adéquates tout en laissant une latitude aux Etats membres dans le choix de telles mesures, *soit* en *sommant* l'Etat d'adopter, dans les plus brefs délais, les mesures nationales définies par elle.

Ainsi et d'une part, elle vient redéfinir l'obligation générale d'exécution en proposant les mesures générales les plus adéquates, indiquant par exemple « *que le redressement le plus adéquat consisterait à intégrer dans le système juridique turc un mécanisme visant à garantir que les sanctions disciplinaires privatives de liberté soient infligées ou contrôlées dans le cadre d'un recours par une autorité jouissant des garanties judiciaires* »²³³⁷. Elle pourra également « *recommander à l'Etat défendeur d'envisager l'adoption de mesures générales* » lui conseillant ainsi qu' « *un recours devrait être ouvert aux détenus aux fins d'empêcher la continuation d'une violation alléguée* »²³³⁸.

Toutefois et d'autre part, la Cour européenne se montrera souvent plus incisive et directive. Elle pourra ainsi imposer « *un renforcement des garanties d'une bonne utilisation des grenades lacrymogènes, afin de minimiser les risques de mort et de blessures liés à leur utilisation, par l'adoption d'instruments législatifs et/ou réglementaires plus détaillés* »²³³⁹, voire même délimiter, très précisément, les mesures nationales que la Turquie doit prendre pour pallier aux dysfonctionnements des dispositifs procéduraux définissant le régime judiciaire de la protection de la santé et du bien-être des détenus. En effet, dans les affaires *Izci contre Turquie*²³⁴⁰ ou encore *Gülray Cetin contre Turquie*²³⁴¹, le juge des droits de l'homme explique à l'Etat qu'il manque dans son système actuel une norme explicite engageant d'une part, les magistrats concernés et offrant d'autre part, la possibilité à la Cour de Cassation – lorsque l'état de santé d'un détenu est exceptionnellement grave – de décider de le remettre en liberté²³⁴². Elle n'hésite pas, non plus, à lui demander de « *repenser et simplifier* » son mécanisme d'expertise médico-légale, afin de privilégier une application plus

²³³⁶ Cour EDH, 20 janvier 2009, *Katz c. Roumanie*, req. n°29739/03, § 35.

²³³⁷ Cour EDH, 26 avril 2011, *Pulath c. Turquie*, req. n°38665/07, § 39.

²³³⁸ Cour EDH, 25 novembre 2014, *Vasilescu c. Belgique*, req. n°64682/12, § 128 ; *Dalloz*, 2015, 150, chron. L. BURGORGUE-LARSEN.

²³³⁹ Cour EDH, 16 juillet 2013, *Abdullah yaşa et autres c. Turquie*, req. n°44827/08, § 61, confirmé dans Cour EDH, 27 janvier 2015, *Vefa Serdar c. Turquie*, req. n°7309/04, § 138.

²³⁴⁰ Cour EDH, 23 juillet 2013, *Izci c. Turquie*, req. n°42606/05.

²³⁴¹ Cour EDH, 5 mars 2013, *Gülray Cetin c. Turquie*, req. n°44084/10 ; *JDI*, 2014, n°6, chron. 6, A. GLAZEWSKI.

²³⁴² *Ibid.*, § 146.

efficace des dispositifs de protection de la dignité et de la vie des détenus atteints d'une maladie présentant un pronostic fatal²³⁴³.

643. Progressivement, la Cour de Strasbourg va donc s'octroyer un pouvoir d'indication/injonction des mesures générales à prendre et ce, tout spécifiquement lorsque sont en cause des cas de défaillances structurelles. La technique des « affaires pilotes »²³⁴⁴ sera alors un bon outil pour préciser les mesures à prendre et encadrer l'autonomie nationale d'exécution. Ces recommandations « douces » ou « ciblées »²³⁴⁵ se sont d'autant multipliées que la Cour est de plus en plus conduite à prononcer des arrêts pilotes²³⁴⁶ et que l'existence d'un problème structurel légitime l'intervention directive de la Cour dans le choix des mesures générales à prendre par l'Etat, afin d'éviter l'accumulation de requêtes répétitives.

L'article 61 § 3 du règlement intérieur de la Cour – codifiant ladite procédure – prévoit expressément, d'ailleurs, que « *la Cour doit indiquer dans l'arrêt pilote, adopté par elle, la nature du problème structurel ou systémique ou du dysfonctionnement qu'elle a constaté et le type de mesures de redressement que l'Etat contractant concerné doit prendre au niveau interne en application du dispositif de l'arrêt* »²³⁴⁷. Même si la Cour n'est censée qu'« indiquer » les mesures à prendre, leur définition limite néanmoins la liberté d'appréciation et de choix de l'Etat membre, d'autant plus lorsque la Cour se permet d'une part, de fixer un délai déterminé pendant lequel l'Etat devra adopter lesdites mesures générales et d'autre part, n'hésite plus à intégrer ces mesures dans le dispositif de l'arrêt. Ainsi, dans le célèbre arrêt Broniowski contre Pologne, la Cour affirme que « *l'Etat défendeur doit garantir, par des mesures légales et des pratiques administratives appropriées, la mise en œuvre du droit patrimonial en question pour les autres demandeurs concernés par des biens abandonnés au-delà du Boug* »²³⁴⁸. Plus récemment, elle a invité les autorités italiennes

²³⁴³ *Ibid.*, § 148.

²³⁴⁴ Pour plus de détails, voir *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, § 2, B.

²³⁴⁵ L-A. SICILIANOS, « La mise en œuvre des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : une responsabilité judiciaire partagée ? », *Dialogue entre juges*, 2014, Editions du Conseil de l'Europe, p. 19.

²³⁴⁶ Voir en ce sens K. BLAY-GRABARCZYK, M. AFROUKH, A. SCHAHMANECHE, « Le contrôle de l'exécution des arrêts de la Cour EDH, Aspects européens : acteurs politiques et acteurs juridictionnels », *RFDA*, 2014, n°5, p. 942, où les auteurs remarquent que « *l'étude de la jurisprudence récente de la Cour fait ressortir un phénomène de banalisation des arrêts pilotes* ».

²³⁴⁷ Article 61 § 3 du règlement de la Cour européenne des droits de l'homme inséré par la Cour le 21 février 2011 mais entré en vigueur le 1^{er} avril 2011.

²³⁴⁸ Cour EDH, Gde ch., 22 juin 2004, *Broniowski c. Pologne*, req. n°31443/96, Rec. 2004-V, dispositif § 4 et §§ 193 et 194 de l'arrêt ; *GACEDH*, n°74 ; *JCP A.*, 2006, n°21, pp. 661-664, comm. D. SZYMCZAK ; *RTDH*, 2005, n°61, comm. E. LAMBERT-ABDELGAWAD ; *RRJ*, 2005, n°2, pp. 913-934, comm. F. LAZAUD. Voir

à mettre en place, « *dans un délai d'un an à compter de la date à laquelle le présent arrêt sera devenu définitif* », un recours ou une combinaison de recours ayant des effets préventifs et compensatoires, et garantissant réellement une réparation effective des violations de la Convention résultant du surpeuplement carcéral en Italie²³⁴⁹. Elle pourra, dans ce même délai, demander à l'Etat de mettre en place un système d'indemnisation *ad hoc* au niveau interne²³⁵⁰, voire même, « *toutes les mesures, y compris d'ordre législatif, nécessaires pour permettre [aux requérants] et à tous ceux qui se trouvent dans la même situation qu'eux de recouvrer leurs « anciens » fonds en devises, dans les mêmes conditions que les personnes ayant déposé de tels fonds dans les succursales slovènes de banques slovènes* »²³⁵¹.

Si dans la plupart des cas, la Cour « *suggère* »²³⁵² ou n'indique pas précisément « *le contenu des mesures à prendre* »²³⁵³ – l'essence du principe de subsidiarité étant ainsi sauvegardé – elle n'hésitera pas, de temps à autres, à définir avec rigueur le contenu de ces mesures. Ainsi, dans l'affaire *Zorica Jovanovic contre Serbie*, la Cour enjoint l'Etat de prendre « *toutes les mesures appropriées, de préférence au moyen d'une *lex specialis* [...], afin de garantir la mise en place d'un mécanisme visant à fournir un redressement individuel à tous les parents se trouvant dans une situation identique ou suffisamment similaire à celle de la requérante* »²³⁵⁴. Elle indique, par ailleurs, que ce mécanisme doit être « *supervisé par un organe indépendant, doté des pouvoirs adéquats, pour être en mesure d'apporter des réponses crédibles concernant le sort de chaque enfant et d'offrir une réparation appropriée le cas échéant* »²³⁵⁵. Par conséquent et ainsi que le souligne une thèse de doctorat, la latitude de l'Etat dans le choix des moyens à prendre ne se situerait plus, désormais, dans

dans le même sens Cour EDH, *Maria Atanasiu et autres c. Roumanie*, 12 octobre 2010, req. n°30767/05 et al., § 235.

²³⁴⁹ Cour EDH, 8 janvier 2013, *Torreggiani et autres c. Italie*, req. n°43517/09, § 4 du dispositif et § 99 de l'arrêt.

²³⁵⁰ Cour EDH, Gde ch., 26 juin 2012, *Kurić et autres c. Slovénie*, req. n°26828/06, § 9 du dispositif et § 415 de l'arrêt ; *JDI*, 2013, n°4, chron. 8, H. APCHAIN.

²³⁵¹ Cour EDH, 16 juillet 2014, *Ališić et autres c. Bosnie-Herzégovine, Croatie, Serbie, Slovénie et « L'ex-République Yougoslave de Macédoine »*, req. n°60642/08, § 11 du dispositif et § 146 de l'arrêt.

²³⁵² Cour EDH, 7 janvier 2014, *Fondation foyers des élèves de l'Eglise réformée et Stanomirescu c. Roumanie*, req. n°2699/03 et al., § 83 : « *la Cour se doit de suggérer, à titre purement indicatif le type de mesures que l'Etat roumain pourrait prendre [...]. Elle considère que l'Etat défendeur doit avant tout garantir, par des mesures légales et/ou administratives appropriées, que les décisions de justice obligatoires et exécutoires rendues à son encontre soient exécutées d'office et promptement, qu'il s'agisse de condamnations pécuniaires ou de l'obligation de procéder à des actes spécifiques* ».

²³⁵³ G. COHEN-JONATHAN, « A propos des arrêts Assanidzé (8 avril 2004), Ilascu (8 juillet 2004) et Issa (16 novembre 2004). Quelques observations sur les notions de “juridiction” et d’“injonction” », *RTDH*, 2005, n°64, p. 785.

²³⁵⁴ Cour EDH, 26 mars 2013, *Zorica Jovanović c. Serbie*, req. n°21794/08, § 6 du dispositif et § 92 de l'arrêt ; *JCP G.*, 2013, n°16, 449, obs. C. PICHERAL.

²³⁵⁵ *Ibid.*, § 92.

l'identification des mesures générales à adopter, mais plutôt dans la manière de les concrétiser²³⁵⁶. Il n'en reste pas moins que l'obligation, désormais banalisée, de prendre des mesures générales et non plus seulement individuelles, « *fait que cette demande s'apparente furieusement à une injonction de caractère général* »²³⁵⁷.

644. Aussi, l'émergence prétorienne d'un pouvoir d'indication ou d'injonction de mesures générales et/ou individuelles contrarie manifestement la liberté des Etats membres quant à la manière d'exécuter leur obligation de cessation, mais aussi désormais de prévention de l'illicite. Même si elle « *peut leur proposer certaines options, d'une manière parfois assez précise, notamment en cas de violation structurelle, voire très précise, lorsqu'un seul moyen lui apparaît adapté, mais, en tout cas, jamais de manière impérative* »²³⁵⁸, la frontière nous semble toutefois ténue. Ainsi et bien que l'encadrement de cette liberté soit néanmoins graduel, selon que la Cour propose ou impose la nature et le type des mesures nationales à prendre, la liberté étatique, concernant le choix des moyens, apparaît dans tous les cas largement encadrée²³⁵⁹. La portée du principe de subsidiarité – désormais appelé à justifier l'énoncé des mesures à prendre afin de favoriser la bonne exécution des arrêts – est quant à elle considérablement revisitée. De cet encadrement du libre choix des moyens de mise en conformité avec l'obligation de cessation et de prévention de l'illicite, est concomitamment induit un encadrement du libre choix de la réparation.

²³⁵⁶ A. SCHAHMANECHE, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, Pedone, 2014, p. 315.

²³⁵⁷ G. COHEN-JONATHAN, « A propos des arrêts Assanidzé (8 avril 2004), Ilascu (8 juillet 2004) et Issa (16 novembre 2004). Quelques observations sur les notions de “juridiction” et d’“injonction” », *RTDH*, 2005, n°64, p. 785.

²³⁵⁸ Intervention de J-M. SAUVE, « La subsidiarité : une médaille à deux faces ? », *Séminaire organisé par la Cour européenne des droits de l'homme*, le vendredi 30 janvier 2015 à Strasbourg, p. 2. Discours disponible sur : http://echr.coe.int/Documents/Speech_20150130_Seminar_JMSauv%C3%A9_2015.pdf.

²³⁵⁹ K. BLAY-GRABARCZYK, M. AFROUKH, A. SCHAHMANECHE, « Le contrôle de l'exécution des arrêts de la Cour EDH, Aspects européens: acteurs politiques et acteurs juridictionnels », *op. cit.*, p. 944 : « *nul ne songerait sérieusement à contester le fait que le juge européen a encadré, voire neutralisé, ce libre choix de l'État par l'indication de mesures individuelles ou générales* ».

B- Une redéfinition de l'obligation de réparation

645. Découle également de l'obligation d'exécution des arrêts de la Cour, une obligation de réparation des dommages causés par la violation²³⁶⁰. Tel que nous l'avons précédemment mentionné²³⁶¹, cette obligation est alors de deux ordres. Le principe étant celui de la *restitutio in integrum*, s'impose prioritairement à l'Etat, une obligation de redresser la violation comme si elle n'avait jamais eu lieu, ou en d'autres termes, une obligation de remise en l'état²³⁶². A défaut d'une telle réparation intégrale, l'Etat défendeur devra indemniser le requérant en lui accordant, « *s'il y a lieu* »²³⁶³, une satisfaction équitable. Au regard de l'article 41 de la Convention, cette résolution compensatoire est donc la seule mesure – contrairement aux mesures individuelles et générales – que la Cour puisse légalement imposer à l'Etat en vertu de son obligation d'exécution des arrêts de la Cour. Elle peut ainsi y recourir de manière discrétionnaire²³⁶⁴, par le biais d'un arrêt, non plus de violation mais de satisfaction équitable ayant donc valeur de jugement prestatoire²³⁶⁵. L'octroi de cette réparation pécuniaire décidé par la Cour, est alors soumis à trois conditions principales, à savoir la présence d'un préjudice personnel mais aussi d'un préjudice direct, c'est-à-dire qu'il doit exister un lien de causalité entre le manquement constaté et le préjudice subi et enfin, d'un préjudice certain qui permet à la Cour d'indemniser, tant le préjudice matériel que moral du requérant. La compensation pécuniaire n'en reste pas moins un mode subsidiaire de réparation puisqu'elle n'intervient qu'en cas d'impossibilité de *restitutio in integrum* et seulement si le droit interne ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de la violation. Par conséquent, « *il appartient donc en principe aux autorités nationales de statuer*

²³⁶⁰ Conformément au droit international classique et plus précisément à l'arrêt CPJI, 8 février 1927, *Usine de Chorzow*, Rec. 1927, série A n°9, p. 21, la violation d'une obligation internationale entraîne une obligation de réparation.

²³⁶¹ Voir *supra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, annonce du § 1.

²³⁶² Cour EDH, 31 octobre 1995, *Papamichalopoulos et al. c. Grèce*, *op. cit.*, § 38 : la Cour demande à l'Etat de restituer la propriété au requérant.

²³⁶³ Article 41 de la Convention européenne des droits de l'homme.

²³⁶⁴ Conformément au droit international général et à l'arrêt de la CIJ, 25 juillet 1974, *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, fond, C.I.J. Rec. 1974, pp. 203-205, §§ 71-76 ; *AFDI*, 1974, n°20, pp. 253-285, comm. L. FAVOREU, une juridiction internationale compétente « *pour connaître d'une allégation mettant en cause la responsabilité d'un État, a le pouvoir, en vertu de cette compétence, d'octroyer une réparation pour le dommage subi* ».

²³⁶⁵ E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Édition du Conseil de l'Europe, 2008, p. 12.

sur la réparation »²³⁶⁶ et la Cour reconnaît, d'ailleurs, son rôle secondaire en matière de réparation financière dans une affaire Salah contre Pays-Bas, où elle affirme que « *même si elle est sensible à l'effet que peuvent produire les indemnités qu'elle accorde sur le fondement de l'article 41 et même si elle use en conséquence de ses pouvoirs au regard de cette disposition [...], octroyer aux requérants des sommes au titre de satisfaction équitable ne fait pas partie de ses tâches principales mais est accessoire à sa fonction consistant à veiller au respect par les Etats de leurs obligations résultant de la Convention* »²³⁶⁷. Ainsi, conformément au caractère subsidiaire du système européen, la Cour européenne considère que lorsque le droit interne offre une voie de recours permettant d'obtenir une réparation adéquate de la violation, celle-ci doit être prioritaire dans la mesure où elle est « *plus proche et accessible que le recours devant la Cour* »²³⁶⁸, mais aussi « *plus rapide et se déroule dans la langue de la partie requérante* »²³⁶⁹. Le juge de Strasbourg favorise donc, d'ordinaire, la réparation pécuniaire attribuée par les autorités nationales²³⁷⁰ ou même, celle pouvant être attribuée en droit interne puisque, si le requérant a la possibilité d'entamer « *une action devant les juridictions civiles afin d'obtenir un dédommagement, la Cour estime qu'il n'y a pas lieu d'accorder une somme à titre de dommage matériel* »²³⁷¹. Il avait même été envisagé que la fixation du montant de cette compensation financière pourrait revenir en priorité aux Etats défendeurs, conformément au rapport du Groupe des Sages du 15 novembre 2006²³⁷².

646. Pourtant, cette liberté étatique dans la réparation à accorder n'a eu de cesse de se voir encadrée.

Tout d'abord, parce que la Cour vient régulièrement définir les mesures individuelles et générales à prendre²³⁷³ et ainsi – lorsqu'elle impose une obligation de réexamen ou de

²³⁶⁶ F. SUDRE, « Garantir l'autorité et l'efficacité de la Convention européenne des Droits de l'Homme », Document de travail AS/Jur (2008) 08 de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme du 21 février 2008.

²³⁶⁷ Cour EDH, 6 juillet 2006, *Salah c. Pays-Bas*, req. n°8196/02, § 70.

²³⁶⁸ Cour EDH, Gde ch., 29 mars 2006, *Scordino c. Italie n°1*, req. n°36813/97, Rec. 2006-V, § 268 ; *JDI*, 2007, n°2, pp. 693-696, note O. MATTER.

²³⁶⁹ *Ibid.*

²³⁷⁰ E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Editions du Conseil de l'Europe, 2ème édition, 2008, p. 13. L'auteur parle de « *la priorité de l'attribution de la satisfaction équitable par les autorités nationales* ».

²³⁷¹ Cour EDH, 24 mai 2007, *Paudicio c. Italie*, req. n°77606/01, § 59 ; Cour EDH, 17 juillet 2007, *Vitiello c. Italie*, req. n°6870/03, § 53.

²³⁷² Rapport du Groupe des Sages au Comité des Ministres, CM(2006)203, 15 novembre 2006, § 96.

²³⁷³ Voir *supra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, § 1, A.

restitution des terrains litigieux etc. – elle limite le choix de la réparation, plus précisément de la réparation intégrale la plus adéquate. Cet encadrement de la liberté nationale quant au choix du mode de réparation non pécuniaire s'inscrit donc naturellement, en tant que conséquence, dans le prolongement direct d'un encadrement du libre choix des moyens de mise en conformité de l'Etat. Cette liberté nationale se verra de la même manière réduite par l'énoncé d'obligations procédurales de réparation, toujours plus précises et nombreuses à charge de l'Etat²³⁷⁴.

Ensuite, parce que la satisfaction équitable n'est que subsidiaire et que l'Etat membre doit donc pouvoir intervenir, en premier, dans le choix de la réparation à accorder, la Cour se doit normalement de rendre un arrêt de satisfaction équitable séparément de l'arrêt au principal²³⁷⁵. Une telle séparation permet, en effet, de laisser à l'Etat défendeur la possibilité de prendre les mesures nécessaires à l'exécution de l'arrêt, dont l'indemnisation du préjudice subi, en cas d'impossibilité d'une *restitutio in integrum*. Toutefois, la jurisprudence européenne atteste d'une pratique contraire qui consiste à rendre davantage d'arrêts conjoints permettant, certes un gain de temps évident, mais contrevenant au principe de subsidiarité et à la possibilité pour l'Etat de réparer, lui-même, le préjudice causé²³⁷⁶. Le rapport explicatif du Protocole n°14 confirme d'ailleurs le maintien, voire l'accentuation, d'une telle pratique. Il prévoit que le comité des trois juges «*se prononce sur tous les aspects de l'affaire (la recevabilité, le fond, la satisfaction équitable) dans un seul arrêt ou décision*»²³⁷⁷, tout comme l'article 75 du règlement de la Cour qui prévoit que la Chambre pourra statuer, par le même arrêt, sur la violation de la Convention et sur l'application de son article 41²³⁷⁸. Si cette pratique jurisprudentielle contribue à transformer le contentieux de la réparation en un

²³⁷⁴ Voir, en ce sens, C. MADELAINE, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 2014, p. 381 et suiv. L'auteur indique qu'en matière d'obligations positives de réparation, la liberté de choix des moyens de l'Etat peut être considérée comme limitée.

²³⁷⁵ Voir, parmi d'autres, Cour EDH, Gde ch., 10 mai 2001, arrêt au principal, *Chypre c. Turquie*, req. n°25781/94 et Cour EDH, Gde ch., 12 mai 2014, arrêt de satisfaction équitable, *Chypre c. Turquie*, req. n°25781/94, Rec. 2001-IV ; Cour EDH, 26 mai 2009, arrêt au principal, *Ünal akpınar inşaat imalat sanayi ve ticaret S.A. et autres c. Turquie*, req. n°41246/98 et Cour EDH, 8 septembre 2015, arrêt de satisfaction équitable, *Ünal akpınar inşaat, sanayi, turizm, madencilik ve ticaret S.A. c. Turquie*, req. n° 41246/98.

²³⁷⁶ Voir, parmi d'autres, Cour EDH, Gde ch., 6 janvier 2011, *Paksas c. Lituanie*, req. n°34932/04, Rec. 2011 ; *JCP G.*, 2011, n°35, pp. 1506-1512, chron. F. SUDRE ; Cour EDH, Gde ch., 21 janvier 2011, *M.S.S c. Belgique et Grèce*, op. cit., § 399 ; Cour EDH, 10 février 2011, *3A.CZ S.R.O c. République tchèque*, req. n°21835/06 ; Cour EDH, 8 mars 2011, *Vistins et Perepjolkins c. Lettonie*, req. n°71243/01 etc.

²³⁷⁷ Rapport explicatif du Protocole n°14 à la Convention européenne des droits de l'homme, amendant le système de contrôle de la Convention, § 69.

²³⁷⁸ Article 75 § 1 du règlement intérieur de la Cour européenne des droits de l'homme, tel que modifié le 13 décembre 2004.

contentieux ordinaire, lié à celui de la conventionnalité²³⁷⁹, elle s'inscrit surtout en opposition du principe de subsidiarité-liberté, dès lors qu'aucune marge de manœuvre n'est finalement concédée à l'Etat membre condamné quant à son obligation de réparation.

Enfin, la jurisprudence européenne atteste d'une banalisation de l'attribution d'une compensation financière au risque de faire du contentieux européen de la réparation, le « *nouvel eldorado pour les victimes* »²³⁸⁰ et ce, malgré le caractère subsidiaire de la satisfaction équitable. La Cour a finalement toujours considéré qu'elle jouissait « *d'une certaine latitude dans l'exercice du pouvoir dont l'investit l'article [41 de la Convention]* » comme en témoigne « *le membre de phrase "s'il y a lieu"* »²³⁸¹. Cette expression ne serait donc finalement pas garante d'une liberté accordée aux Etats membres pour réparer eux-mêmes la violation mais, au contraire, perçue comme la marque d'une liberté concédée à la Cour dans la détermination discrétionnaire de la réparation financière. Il est ainsi probable que le juge européen s'oriente vers une restriction de la liberté nationale en matière de réparation financière du préjudice, dans le but de garder la main sur les sommes allouées au titre de la satisfaction équitable et d'ainsi éviter d'importantes variations dans l'évaluation nationale du préjudice. Pourtant, cette crainte d'une application de l'article 41 « *à géométrie variable* »²³⁸² ne serait que la conséquence logique « *d'une subsidiarité qui irait au bout d'elle-même* »²³⁸³, dans la mesure où le système conventionnel repose sur l'appropriation de ce texte par les autorités nationales²³⁸⁴ et a donc vocation à être adapté en fonction des spécificités nationales propres à chaque Etat²³⁸⁵. Cet usage décomplexé de l'article 41 de la Convention et de l'octroi d'une satisfaction équitable à la partie lésée, a d'ailleurs pu la conduire, dans une affaire Trévalec contre Belgique du 25 juin 2013, à cumuler la

²³⁷⁹ F. SUDRE, « Garantir l'autorité et l'efficacité de la Convention européenne des Droits de l'Homme », *Document de travail AS/Jur (2008) 08 de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme*, 21 février 2008.

²³⁸⁰ J-F. FLAUSS, « Réquisitoire contre la mercantilisation excessive du contentieux de la réparation devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Dalloz*, 2003, p. 227 et suiv.

²³⁸¹ Cour EDH, 6 novembre 1980, *Guzzardi c. Italie*, req. n°7367/76, série A n°39, § 114.

²³⁸² O. DE SCHUTTER, « La subsidiarité dans la Convention européenne des droits de l'homme : la dimension procédurale », in M. VERDUSSEN (dir.), *L'Europe de la subsidiarité*, Bruylant, 2000, p. 125.

²³⁸³ *Ibid.*

²³⁸⁴ Voir *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, section 2, § 1.

²³⁸⁵ A l'inverse, le juge de Strasbourg, éloigné des réalités locales, alloue parfois des sommes sans tenir compte des réalités de la vie dans le pays donné. Voir, en ce sens, P. TAVERNIER, « Contribution de la jurisprudence de la Cour EDH relative au droit de la responsabilité internationale en matière de réparation: une remise en cause nécessaire », *RTDH*, 2007, p. 953.

compensation financière à la réparation intégrale, déjà accordée, en droit interne²³⁸⁶. Même s'il est vrai que la Cour affirme rejeter toutes demandes de « *dommages et intérêts punitifs* »²³⁸⁷ dans la mesure où l'indemnisation doit seulement refléter le préjudice moral et matériel subi par le requérant, il est possible que cette satisfaction équitable, facilement octroyée par la Cour, tende visiblement à acquérir un caractère, si ce n'est punitif, au moins dissuasif, en sus de son objectif de réparation de la violation²³⁸⁸. La subsidiarité, protégeant traditionnellement la liberté des Etats, tend donc à être restreinte et encadrée. Lorsque la Cour s'inscrit dans une logique de restriction de la liberté nationale en matière d'exécution des arrêts de la Cour, notamment en ce qui concerne les moyens à prendre pour réparer les conséquences d'une violation, elle assoie là encore la mutation du principe de subsidiarité qui tend à devenir un principe d'encadrement des libertés étatiques. A cet encadrement *a priori* de la liberté de choix des moyens à prendre, s'ajoute un encadrement *a posteriori*, s'exprimant au travers du contrôle de l'exécution des arrêts par la Cour elle-même.

§2- Un encadrement *a posteriori* du libre choix des moyens d'exécution

647. Hormis lorsque la question du respect, par les Etats, de l'obligation de se conformer aux arrêts de la Cour est soulevée dans le cadre de la « procédure en manquement » prévue à l'article 46 §§ 4 et 5 de la Convention, celle-ci échappe à la compétence de la Cour²³⁸⁹. Selon les termes de l'article 46 § 2 de la Convention, le Comité des ministres est donc le seul organe compétent pour surveiller l'exécution des arrêts de la Cour. Pourtant, la jurisprudence européenne fourmille d'exemples attestant, au contraire, d'un pouvoir de contrôle grandissant de la Cour sur le terrain de l'exécution de ses propres arrêts. Ainsi, dans un arrêt *Fabris contre France* du 7 février 2013 par exemple, la Cour vient confirmer sa compétence pour contrôler et encadrer la manière dont un État partie s'est

²³⁸⁶ Cour EDH, 25 juin 2013, *Trévalec c. Belgique*, req. n°30812/07 ; *Dalloz*, 2013, p. 2139, comm. O. SABARD ; *RDLF* 2014, chron. n°5, Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ ; *Dalloz*, 2013, p. 2106, comm. P-Y. GAUTIER.

²³⁸⁷ Cour EDH, 1 avril 1998, *Akdivar et autres c. Turquie* (article 50), req. n°99/1995/605/693, § 38 ; Cour EDH, Gde ch., 18 septembre 2009, *Varnava et autres c. Turquie*, req. n°16064/90 et al., § 223 ; *JDI*, 2010, n°3, pp. 993-996, note E. DECAUX.

²³⁸⁸ Voir l'opinion concordante sous l'affaire Cour EDH, 25 juin 2013, *Trévalec c. Belgique*, req. n°30812/07 et dans laquelle le juge PINTO DE ALBUQUERQUE n'a d'ailleurs pas hésité à parler de « *dommages-intérêts punitifs* ».

²³⁸⁹ Cour EDH, Gde ch., 5 février 2015, *Bochan c. Ukraine* (n°2), req. n°22251/08, § 33.

conformé aux obligations découlant d'un arrêt²³⁹⁰, même en aval de la surveillance réalisée par le Comité des Ministres²³⁹¹. « *L'absence de base juridique n'est donc pas un obstacle à l'investissement de la Cour* » dans le contrôle de l'exécution et « *le caractère très flottant de sa motivation quant au fait de savoir si elle peut être saisie d'un recours d'un individu, invoquant une violation de l'article 46, du fait de l'inexécution d'un arrêt constatant une atteinte à ses droits* »²³⁹² n'est pas de nature à clarifier la situation. Remarquons toutefois que cette pratique de la Cour, consistant à s'immiscer dans la surveillance de l'exécution de ses propres arrêts n'est pas nouvelle, le Professeur Jean-François FLAUSS datant l'abandon d'une politique d'autolimitation dans ce domaine, depuis les années 2004 environ²³⁹³. Aussi, le rôle joué par la Cour sur le terrain d'une correcte exécution de ses propres arrêts, est désormais chose acquise, si bien que certains juges affirment que « *compte tenu du caractère de plus en plus prescriptif des arrêts de la Cour, et donc de la dualité croissante de l'obligation – de résultat et de moyens – pour les États parties de se conformer aux arrêts, le contrôle de celle-ci sur l'application de l'article 46 de la Convention est crucial* »²³⁹⁴. Or, ce renforcement progressif²³⁹⁵ – initialement prétorien et désormais textuel²³⁹⁶ – du contrôle de

²³⁹⁰ Opinion concordante du juge PINTO DE ALBUQUERQUE dans l'affaire Cour EDH, Gde ch., 7 février 2013, *Fabris c. France*, req. n°16574/08 ; *AJDA*, 2013, n°31, pp. 1795-1797, chron. L. BURGORGUE-LARSEN.

²³⁹¹ N. HERVIEU, « La discrimination des enfants nés hors mariage et l'exécution des arrêts européens à l'épreuve du temps », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 11 février 2013. Voir également les Résolution ResDH(2005)25 et CM/ResDH(2010)191 qui confirment la bonne exécution de l'arrêt Mazurek.

²³⁹² K. BLAY-GRABARCZYK, M. AFROUKH, A. SCHAHMANECHE, « Le contrôle de l'exécution des arrêts de la Cour EDH, Aspects européens: acteurs politiques et acteurs juridictionnels », *RFDA*, 2014, n°5, p. 939.

²³⁹³ J-F. FLAUSS, « L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : du politique au juridique ou vice-versa », *RTDH*, 2009, n°77, p. 59. Voir également, parmi d'autres, G. MALINVERNI, « La compétence de la Cour pour surveiller l'exécution de ses propres arrêts », in *Mélanges en l'honneur de Ch. L. ROZAKIS, La convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant*, Bruylant, 2011, pp. 361-375.

²³⁹⁴ Opinion concordante du juge PINTO DE ALBUQUERQUE dans l'affaire Cour EDH, Gde ch., 7 février 2013, *Fabris c. France*, req. n°16574/08 (souligné par nous) ; *AJDA*, 2013, n°31, pp. 1795-1797, chron. L. BURGORGUE-LARSEN.

²³⁹⁵ Ce renforcement du contrôle de la Cour s'accompagne également d'un renforcement des pouvoirs du Comité des ministres, le Professeur Jean-François FLAUSS parle à ce sujet du « *passage d'un contrôle-enregistrement à un contrôle-harcèlement ou tout à le moins beaucoup plus interventionniste* » (J-F. FLAUSS, « L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : du politique au juridique ou vice-versa », *RTDH*, 2009, n°77, p. 31). Elisabeth LAMBERT souligne, quant à elle, un « *encadrement rigoureusement sanctionné* » (E. LAMBERT, « La pratique récente de réparation des violations de la Conv. EDH: plaidoyer pour la préservation d'un acquis remarquable », *RTDH*, 2000, p. 210). Les propositions et réformes visant à consolider le rôle du Comité des Ministres dans sa mission de contrôle de l'exécution des arrêts sont donc nombreuses. Pour exemple, voir la Recommandation CM/Rec(2008)2 du Comité des Ministres concernant les moyens efficaces à mettre en œuvre au niveau interne pour l'exécution rapide des arrêts de la Cour européenne, adoptée par le Comité des Ministres le 6 février 2008, lors de la 1017^{ème} réunion des Délégués des Ministres. Ainsi, elle recommande par exemple aux États de désigner un « *coordinateur [...] de l'exécution des arrêts au niveau national* » afin de faciliter le dialogue entre l'État condamné et le Comité des Ministres, chargé de veiller à l'exécution de l'arrêt et dont le travail serait donc grandement facilité par la présence d'un interlocuteur intermédiaire entre le système de contrôle européen et le Gouvernement défendeur. Toutefois, ce thème sera exclu de notre champ d'analyse dès

la Cour sur l'exécution des arrêts, va indirectement – *via* un contrôle *a posteriori* de l'exécution – contribuer à encadrer la liberté des moyens de l'Etat pour se conformer à son obligation générale d'exécution des arrêts. Cet encadrement *a posteriori*, intervenant donc en aval de la mise en œuvre – en droit interne – des mesures individuelles et générales, pourra alors s'exprimer par différentes voies, tout particulièrement, lors du contrôle de l'exécution d'une affaire pilote (A) ou encore du contrôle d'une requête ultérieure soulevant un « problème nouveau » (B). Dans ces deux cas, la Cour s'arrogera la compétence de veiller à la bonne exécution d'un de ses arrêts et dans le cadre de ce contrôle, validera ou sanctionnera – définissant donc indirectement les nouvelles mesures à prendre – le choix des moyens adoptés par l'Etat.

A- Un encadrement exercé lors du contrôle de l'exécution d'une affaire pilote

648. La procédure de l'arrêt pilote a été introduite, de manière prétorienne par la Cour, mais s'inscrit largement dans le cadre des réformes du Protocole n°14 visant à solutionner l'engorgement sans précédent du prétoire strasbourgeois²³⁹⁷. Par cette nouvelle procédure, la Cour va traiter l'ensemble des affaires dites répétitives révélant un problème structurel à grande échelle et ainsi contraindre l'Etat à prendre des mesures générales déterminées, afin de remédier au dysfonctionnement détecté dans les plus brefs délais²³⁹⁸. Inaugurée par le célèbre arrêt *Broniowski contre Pologne*²³⁹⁹ et prise en application de la résolution du Comité des Ministres du 12 mai 2004 concernant les arrêts qui révèlent un

lors qu'il ne contribue pas directement à démontrer la volonté du juge européen de faire du principe de subsidiarité un outil au service de sa politique jurisprudentielle de responsabilisation des Etats (Partie 2).

²³⁹⁶ Voir, en ce sens, la nouvelle procédure du recours en manquement, introduite aux §§ 4 et 5 de l'article 46 de la Convention européenne des droits de l'homme.

²³⁹⁷ Voir, dans ce sens, Cour EDH, 12 octobre 2010, *Maria Atanasiu et autres c. Roumanie*, req. n°30767/05 et al., § 212 ; *JDI*, 2011, n°4, pp. 1373-1378, note E. DECAUX, où la Cour affirme que la procédure des arrêts pilotes une réponse efficace à « *la menace grandissante que font peser sur le système de la Convention EDH les quantités importantes d'affaires répétitives [résultant] d'un même problème structurel ou systémique* ».

²³⁹⁸ *Ibid.*, § 212 : la procédure de l'arrêt pilote a pour objectif de « *faciliter la résolution la plus rapide et la plus effective possible d'un dysfonctionnement affectant la protection du droit conventionnel en cause dans l'ordre juridique interne* ». La Cour accorde très généralement un délai d'un an à compter de la date où l'arrêt pilote deviendra définitif. Voir, par exemple, Cour EDH, 16 juillet 2014, *Ališić et autres c. Bosnie-Herzégovine, Croatie, Serbie, Slovaquie et « L'ex-République Yougoslave de Macédoine »*, req. n°60642/08, § 146 ; Cour EDH, 20 mars 2012, *Ümmühan Kaplan c. Turquie*, req. n°24240/07, § 75 ; Cour EDH, 1 juillet 2014, *Gerasimov et autres c. Russie*, req. n°29920/05 et al., § 226.

²³⁹⁹ Cour EDH, 28 septembre 2005, *Broniowski c. Pologne*, req. n°31443/96 (règlement amiable).

problème structurel sous-jacent²⁴⁰⁰, la procédure de l'arrêt pilote vise donc à éliminer les affaires « clones » qui constituent l'essentiel des requêtes soumises à Strasbourg. Cependant, l'origine prétorienne de cette procédure a longtemps été jugée insuffisante, la déclaration d'Interlaken soulignant « *la nécessité pour la Cour de mettre en place des standards clairs et prévisibles [...] concernant la sélection des requêtes, la procédure à suivre et le traitement des affaires suspendues* »²⁴⁰¹. Forte de sa réussite, cette procédure a donc été codifiée à l'article 61 du règlement intérieur de la Cour qui prévoit, désormais, l'adoption d'un arrêt pilote « *lorsque les faits [en cause] révèlent l'existence, dans l'Etat contractant concerné, d'un problème structurel ou systémique ou d'un autre dysfonctionnement similaire qui a donné lieu ou est susceptible de donner lieu à l'introduction d'autres requêtes analogues* »²⁴⁰². L'identification d'une affaire pilote permet à la Cour d'ajourner ou de « geler » l'examen de l'ensemble des autres requêtes, relevant du même dysfonctionnement structurel, afin de renvoyer – après mise en œuvre par l'Etat membre des mesures générales et validation par la Cour de la capacité de ces mesures à solutionner le problème structurel identifié – leur traitement en droit interne. La nouvelle procédure de l'arrêt pilote est donc bien une procédure qui permet le contrôle, par la Cour, de l'exécution de ses propres arrêts et indirectement, l'encadrement *a posteriori* de la liberté de moyen de l'Etat membre (1). En effet, si cette procédure permet d'encadrer *a priori* – lors de l'identification d'un arrêt pilote et donc avant le processus d'exécution en droit interne – les moyens à disposition de l'Etat membre *via* une définition des mesures générales à prendre²⁴⁰³, cette technique permet également un encadrement *a posteriori* de ces moyens *via* le contrôle – et exceptionnellement la sanction – de la mise en œuvre de ces mesures par l'Etat. En raison de ce double encadrement *a priori* et *a posteriori* de la liberté de choix des moyens de l'Etat, la procédure des arrêts pilotes apparaît particulièrement motrice de la mutation du principe de subsidiarité vers un principe d'encadrement des libertés étatiques (2).

²⁴⁰⁰ Résolution Res(2004)3 sur les arrêts qui révèlent un problème structurel sous-jacent du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, adoptée le 12 mai 2004 lors de la 114^{ème} session.

²⁴⁰¹ Déclaration d'Interlaken, Conférence sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, 19 février 2010, à Interlaken (Suisse), point 7. b).

²⁴⁰² Article 61 § 1 du règlement de la Cour européenne des droits de l'homme inséré par la Cour le 21 février 2011 mais entré en vigueur le 1^{er} avril 2011.

²⁴⁰³ Voir *supra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, § 1, A.

1- Une procédure permettant le contrôle par la Cour de l'exécution de ses propres arrêts

649. La mise en œuvre de la procédure des arrêts pilotes offre différentes perspectives à la Cour de Strasbourg pour venir contrôler les mesures générales d'exécution, adoptées par le Gouvernement défendeur à la suite de l'arrêt au principal. Trois hypothèses peuvent être ainsi recensées.

650. Tout d'abord, l'hypothèse la plus fréquente consiste pour la Cour à venir contrôler la mise en œuvre effective des mesures générales, par le biais d'une affaire mettant en jeu un problème structurel, ayant déjà donné lieu à un arrêt pilote.

Lors de l'examen d'une telle affaire, la Cour aura ainsi la double faculté d'une part, de déclarer la ou les requêtes irrecevables, dès lors que l'Etat membre aura correctement appliqué les mesures indiquées dans l'affaire pilote et que ces mesures seront jugées satisfaisantes par elle, ou d'autre part, de constater une nouvelle violation de la Convention, en raison de l'absence ou de l'insuffisance des mesures générales adoptées par l'Etat. Le cas le plus courant est manifestement celui d'un constat d'irrecevabilité, la Cour étant plus conciliante, vis-à-vis de l'Etat membre, qui a fait l'effort d'adopter des mesures conformément aux préconisations de l'arrêt pilote. Ainsi, le 16 septembre 2014, la Cour a déclaré les deux décisions – *Stella et autres*, et *Rexhepi et autres* contre Italie – irrecevables. Intervenant à la suite d'un arrêt pilote *Torreggiani et autres* contre Italie du 8 janvier 2013, la Cour a estimé, après analyse des mesures législatives adoptées et du recours compensatoire instauré pour permettre aux personnes ayant été détenues dans des conditions contraires à l'article 3 d'obtenir réparation, que le droit interne offrait désormais suffisamment de garanties pour conclure à l'irrecevabilité des requêtes pour non épuisement des voies de recours internes. De même dans deux décisions du 29 mai 2012²⁴⁰⁴, intervenues à la suite de l'affaire pilote *Rumpf* contre Allemagne du 2 septembre 2010, où elle considère avec bienveillance que même si les tribunaux nationaux n'ont pas encore pu fixer leur pratique jurisprudentielle concernant les possibilités d'obtenir réparation suite à la durée excessive d'une procédure, le recours mis à cette fin est *a priori* suffisant pour qu'elle exige son épuisement avant toute saisine européenne. Or, le constat selon lequel la non-utilisation des nouvelles procédures internes constitue un motif d'irrecevabilité conduit nécessairement la Cour à apprécier, indirectement, la conformité des nouveaux recours avec l'obligation

²⁴⁰⁴ Cour EDH, déc., 29 mars 2012, *Taron c. Allemagne*, req. n°53126/07 et Cour EDH, déc., 29 mai 2012, *Garcia Cancio c. Allemagne*, req. n°19488/09.

d'exécuter son arrêt pilote, ce qui confirme donc l'encadrement des libertés nationales en la matière.

Par ailleurs, l'analyse d'une affaire mettant en jeu un problème structurel ayant déjà donné lieu à un arrêt pilote, pourra être l'occasion de venir sanctionner les mesures nationales mises en œuvre. Ainsi dans deux arrêts du 17 avril 2012²⁴⁰⁵, la Cour européenne constate avec regret une nouvelle violation de l'article 13 combiné à 6 ainsi que de l'article 1 du protocole n°1, puisque la loi sur l'indemnisation adoptée à la suite de l'arrêt pilote Bourdov contre Russie (n°2) du 15 janvier 2009 ne s'applique pas aux griefs concernant les retards dans l'exécution de décisions de justice, imposant à l'Etat toutes sortes d'obligations autres que le paiement de sommes d'argent sur les deniers publics. Or, pour ce faire, elle vient naturellement examiner les mesures législatives adoptées par l'Etat, ainsi que l'interprétation qu'en a faite la Cour suprême, et ici sanctionner l'insuffisance de la loi dont le champ d'application ne permet pas d'englober l'intégralité des hypothèses de délai déraisonnable d'exécution d'une décision de justice. Si elle ne vient toutefois pas préciser les mesures générales et adéquates à prendre dans cette affaire, elle y procédera, néanmoins, lors de l'examen de l'arrêt Preda et autres contre Roumanie du 29 avril 2014. Dans cette affaire intervenant à la suite de l'arrêt pilote Maria Atanasiu et autres contre Roumanie²⁴⁰⁶, la Cour constate, s'agissant du cas où coexistent plusieurs titres de propriété se rapportant à un même immeuble bâti, que la loi adoptée ne permet pas d'obtenir un redressement en droit interne. Elle conclut donc, s'agissant de la requête entrant dans cette hypothèse, à une violation de l'article 1 du Protocole n°1 et encadre par ailleurs, le libre choix des moyens de l'Etat en précisant les mesures idéales à prendre dans ce cas. Elle estime en effet « *que la restitution de la jouissance du bien litigieux placerait les requérants dans la situation la plus proche possible de celle dans laquelle ils se trouveraient si les exigences de l'article 1 du Protocole n°1 à la Convention n'avaient pas été méconnues* »²⁴⁰⁷ et qu'« *à défaut pour l'État défendeur de procéder à pareille restitution dans un délai de trois mois à compter du jour où le présent arrêt sera devenu définitif, il devra verser aux requérants[...] une somme correspondant à la valeur actuelle du bien* »²⁴⁰⁸.

²⁴⁰⁵ Cour EDH, 17 avril 2012, *Ilyushkin et autres c. Russie*, req. n°5734/08 et al. et Cour EDH, 17 avril 2012, *Kalinkin et autres c. Russie*, req. n°16967/10 et al.

²⁴⁰⁶ Cour EDH, 12 octobre 2010, *Maria Atanasiu et autres c. Roumanie*, req. n°30767/05 et al., § 212 ; *JDI*, 2011, n°4, pp. 1373-1378, note E. DECAUX.

²⁴⁰⁷ *Ibid.*, § 162.

²⁴⁰⁸ *Ibid.*, § 163.

651. Ensuite, la seconde hypothèse, permettant à la Cour de venir contrôler l'exécution d'une affaire pilote, est de statuer, dans un second temps, sur la satisfaction équitable. Adopter un arrêt de satisfaction équitable offre, en effet, à la Cour l'occasion d'apprécier les « *suites données par l'État aux indications et injonctions contenues dans l'arrêt pilote au principal* »²⁴⁰⁹. Ainsi, dans une affaire Kurić et autres contre Slovénie notamment, la Cour, après avoir statué au principal et mis en œuvre une procédure d'affaire pilote²⁴¹⁰, rend un arrêt de satisfaction équitable le 12 mars 2014 dans lequel elle relève que le Gouvernement n'a pas respecté ses engagements puisqu'aucun régime d'indemnisation, à la suite de l'effacement des requérants du registre des résidents permanents, n'a été mis en place avant la date fixée du 26 juin 2013²⁴¹¹. Néanmoins, un projet de loi a été adopté et, après examen de la solution qu'il propose, la Cour juge cette mesure « *appropriée* »²⁴¹². Tout en réitérant son incompétence pour vérifier les mesures générales à prendre²⁴¹³, elle l'invite, par ailleurs, à une mise en œuvre rapide de l'arrêt Kurić qui, au vu du nombre de requêtes pendantes, est « *de la plus haute importance* »²⁴¹⁴. Via l'arrêt de satisfaction équitable, la Cour peut donc contrôler les mesures individuelles et générales prises par l'Etat pour solutionner la défaillance structurelle. L'encadrement *a priori* – dans l'arrêt au principal – de la liberté de choix des moyens de l'Etat qui, s'il n'est pas doublé d'un encadrement dans l'arrêt de satisfaction équitable puisque la Cour « valide » la solution choisie, est toutefois confirmé *a posteriori* dès lors que la Cour vérifie que les mesures indiquées ont été correctement suivies.

652. Enfin, la dernière hypothèse consiste, pour la Cour, à venir contrôler la mise en œuvre des mesures générales par le biais d'un règlement amiable, conclu à l'issue d'un arrêt pilote. En effet, lorsque le juge radie une affaire de son rôle, il va nécessairement examiner, conformément à l'article 37 de la Convention, que le « respect des droits de l'homme » n'exige pas une poursuite de l'examen de la requête et va, pour ce faire, examiner toutes les mesures nationales prises par l'Etat membre.

²⁴⁰⁹ K. BLAY-GRABARCZYK, M. AFROUKH, A. SCHAHMANECHE, « Le contrôle de l'exécution des arrêts de la Cour EDH, Aspects européens: acteurs politiques et acteurs juridictionnels », *RFDA*, 2014, n°5, p. 939.

²⁴¹⁰ Cour EDH, Gde ch., 26 juin 2012, *Kurić et autres c. Slovénie*, req. n°26828/06 ; *JDI*, 2013, n°4, chron. 8, H. APCHAIN.

²⁴¹¹ Cour EDH, Gde ch., 12 mars 2014, *Kurić et autres c. Slovénie*, req. n°26828/06, § 138.

²⁴¹² *Ibid.*, § 140.

²⁴¹³ *Ibid.*, § 142.

²⁴¹⁴ *Ibid.*, § 144.

Ainsi, pour faire suite à la très célèbre affaire *Broniowski contre Pologne* du 22 juin 2004, la Cour intervient dans le cadre d'un arrêt de règlement amiable et, pour savoir si elle peut rayer la présente requête de son rôle, vérifie à la fois les mesures individuelles et générales mises en œuvre par la loi adoptée en juillet 2005 pour solutionner le litige²⁴¹⁵. Elle constate donc d'une part, s'agissant des mesures générales, que la loi permet de « *lever les obstacles pratiques et juridiques à l'exercice du " droit à être crédité " des demandeurs concernés par des biens au-delà du Boug* » et qu'elle tend également à supprimer les aspects restrictifs de la loi antérieure²⁴¹⁶ ainsi que « *l'existence de recours permettant aux autres demandeurs concernés par des biens abandonnés au-delà du Boug de solliciter devant les juridictions polonaises une indemnisation* »²⁴¹⁷. D'autre part, s'agissant des mesures individuelles, elle estime que les indemnisations proposées lui ont offert une réparation adéquate²⁴¹⁸.

De même dans l'arrêt de règlement amiable *Hutten-Czapska contre Pologne*²⁴¹⁹, la Cour confirme que l'arrêt pilote prononcé le 19 juin 2006²⁴²⁰ – et la nature structurelle du problème détecté – implique, là encore, un redressement à la fois individuel et général. Après un examen attentif des différentes lois adoptées dans le domaine du logement dont « *l'amendement de décembre 2006* »²⁴²¹ et le « *projet de loi sur le soutien à la modernisation thermique et aux rénovations* »²⁴²², mais aussi du système d'information créé pour le suivi du montant des loyers en Pologne²⁴²³, des mesures de redressement prises par la Pologne ou encore des sommes allouées au requérant, au titre de mesures individuelles, la Cour conclut qu'il y a lieu de rayer l'affaire du rôle. Cette procédure permet donc à la Cour d'opérer un véritable contrôle sur l'efficacité des mesures adoptées, c'est pourquoi d'ailleurs, elle a suscité de vives critiques puisque ne correspondant pas aux pouvoirs octroyés par la Convention²⁴²⁴.

²⁴¹⁵ Cour EDH, 28 septembre 2005, *Broniowski c. Pologne*, req. n°31443/96 (radiation du rôle), §§ 36 et 37.

²⁴¹⁶ *Ibid.*, § 39.

²⁴¹⁷ *Ibid.*, § 41.

²⁴¹⁸ *Ibid.*, § 43.

²⁴¹⁹ Cour EDH, Gde ch., 28 avril 2008, *Hutten-Czapska c. Pologne*, req. n°35014/97, (radiation du rôle), § 34.

²⁴²⁰ Cour EDH, Gde ch., 19 juin 2006, *Hutten-Czapska c. Pologne*, req. n°35014/97 ; *RTD Civ.*, 2006, n°4, pp. 719-721, comm. J.P. MARGUENAUD.

²⁴²¹ Cour EDH, Gde ch., 28 avril 2008, *Hutten-Czapska c. Pologne*, *op. cit.*, § 37.

²⁴²² *Ibid.*, § 38.

²⁴²³ *Ibid.*, § 37.

²⁴²⁴ Opinion séparée du juge ZAGREBELSKY, à laquelle se rallie la juge JAEGER, dans Cour EDH, Gde ch., 28 avril 2008, *Hutten-Czapska c. Pologne*, *op. cit.* En effet, le juge ZAGREBELSKY s'inquiète du fait que la technique de l'arrêt pilote bouleverse l'équilibre entre la Cour et le Comité des ministres et déplace la Cour à tort sur un champ politique.

653. L'encadrement de la liberté nationale d'exécution des arrêts est donc double sur le terrain de la procédure des arrêts pilotes, en amont de l'exécution, *via* la définition des mesures à prendre dans l'arrêt de condamnation et en aval de l'exécution, *via* un contrôle et une possible sanction des moyens inadéquats. Toutefois, ce n'est qu'à titre exceptionnel que la Cour relève l'inconventionnalité des mesures adoptées par l'Etat à la suite d'une affaire pilote. Ainsi, parce que les sanctions de la mise en œuvre d'un arrêt pilote restent sporadiques, il s'agira davantage, en l'espèce, d'une confirmation *a posteriori* de l'encadrement *a priori* de la liberté de choix des moyens de l'Etat. En effet, si la Cour européenne ne vient que très rarement constater une inadéquation des mesures générales d'exécution – ré-encadrant ainsi, *a posteriori* de son arrêt pilote, les mesures d'exécution à prendre – elle confirme néanmoins, lors de l'exercice d'un tel contrôle de la mise en œuvre des mesures générales édictées dans son arrêt au principal, l'encadrement *a priori* de ces mesures d'exécution. Si la procédure des affaires pilotes, parce qu'elle a vocation à transférer le traitement des requêtes répétitives en droit interne, s'inscrit dans la logique d'un renforcement du principe de subsidiarité²⁴²⁵, elle est aussi particulièrement motrice de sa mutation, dès lors que ce principe devient synonyme de contraintes et d'encadrement de la liberté des Etats.

2- Une procédure particulièrement motrice de la mutation du principe de subsidiarité

654. Ainsi que l'explique la Cour de Strasbourg, « *la procédure de l'arrêt pilote a avant tout pour vocation, d'aider les Etats contractants à remplir le rôle qui est le leur dans le système de la Convention, en résolvant ce genre de problème au niveau national* »²⁴²⁶. Le gel des affaires similaires à l'arrêt pilote aura ainsi pour effet, d'une part, d'inviter les Etats à la création de recours effectifs²⁴²⁷ et, d'autre part, de renvoyer le contentieux ajourné²⁴²⁸ vers

²⁴²⁵ Voir par exemple », P. DUCOULOMBIER, « Arrêts pilotes et efficacité des nouveaux recours internes », in E. LAMBERT-ABDELGAWAD et P. DOURNEAU-JOSETTE (dir.), *Quel filtrage des requêtes par la Cour européenne des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe, 2011, p. 262. L'auteur explique que « *les arrêts pilotes [...] poursuivent le but de réduction de la charge de travail de la Cour par la revalorisation du principe de subsidiarité* ».

²⁴²⁶ Cour EDH, Gde ch., 19 juin 2006, *Hutten-Czapska c. Pologne*, *op. cit.*, § 234.

²⁴²⁷ Voir, en ce sens, les préconisations de la Recommandation du 12 mai 2004 concernant l'amélioration des recours internes (Recommandation rec(2004)6 du Comité des Ministres aux Etats membres sur l'amélioration des recours internes, Conseil de l'Europe, Comité des ministres, adoptée par le Comité des Ministres le 12 mai 2004, lors de sa 114^{ème} session, II) qui conseille aux Etats « *de réexaminer [...] l'effectivité des recours internes existants et [...] de mettre en place des recours effectifs afin d'éviter que les affaires répétitives ne soient portées*

les juridictions internes, ce qui contribue donc à renforcer leur fonction de juge de droit commun de la Convention et, plus globalement, à corroborer le rôle prioritaire des autorités nationales. En effet, permettre aux requérants affectés par le dysfonctionnement structurel de disposer d'un recours rapide et effectif ainsi que d'obtenir une réparation en droit interne, contribue à réaffirmer le caractère subsidiaire du système européen qui – rappelons-le – n'a vocation à intervenir qu'en cas de carences des autorités nationales. La Cour justifie d'ailleurs son activisme dans la définition des mesures de redressement à prendre, par la volonté de répondre pleinement aux exigences découlant du principe de subsidiarité²⁴²⁹, afin de ne pas avoir « à réitérer son constat de violation dans une longue série d'affaires comparables »²⁴³⁰. Ce renforcement du principe apparaît d'ailleurs « maximal dès lors que la Cour décide d'ajourner non seulement les affaires pendantes déclarées recevables, mais aussi les affaires seulement communiquées »²⁴³¹.

655. Toutefois, si le principe de subsidiarité est, certes, fortifié du fait d'un renvoi du traitement des affaires répétitives en droit interne, il est aussi sensiblement modifié. En effet, les Etats n'ont plus la garantie de pouvoir intervenir librement lors de l'exécution des arrêts de la Cour dans leur ordre interne, mais d'agir conformément aux directives énoncées par le juge de Strasbourg dans l'arrêt pilote. Par ailleurs, au-delà d'une limitation de la liberté de l'Etat dans le choix des moyens pour se conformer à un arrêt du fait de l'indication des mesures générales à prendre, l'Etat est également fermement surveillé dans la phase de mise en œuvre de ces mesures, puisque contrôlé *a posteriori*, afin de vérifier qu'elles sont adaptées et solutionnent bien, pour ce faire, le problème structurel détecté. L'objectif d'un encadrement des libertés étatiques en matière d'exécution des arrêts de la Cour vise donc à guider les Etats sur la voie d'une plus grande responsabilisation. Si « l'indication des voies de recours à mettre en place au niveau interne peut ainsi être analysée comme une déclinaison de la

devant la Cour ». Voir, également, G. RESS, « Les arrêts pilotes de la Cour européenne des droits de l'homme : mesures générales et effectivité des recours internes » et F. SUNDBERG, « L'effectivité des recours internes suite à des arrêts pilotes », in G. COHEN-JONATHAN, J-F. FLAUSS et E. LAMBERT-ABDELGAWAD (dir.), *De l'effectivité des recours internes dans l'application de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2006, pp. 278-283 et pp. 259-275.

²⁴²⁸ Notons, à ce sujet, que toute affaire pilote ne donne pas systématiquement lieu à un ajournement des requêtes répétitives. Voir, en ce sens, Cour EDH, 21 décembre 2010, *Vassilios Athanasiou et al. c. Grèce*, n°50973/08, § 58 ; Cour EDH, 10 janvier 2012, *Ananyev et autres c. Russie*, req. n°42525/07 et al. ; Cour EDH, 27 janvier 2015, *Neshkov et autres c. Bulgarie*, req. n°36925/10 et al.

²⁴²⁹ Voir, par exemple, Cour EDH, Gde ch., 19 juin 2006, *Hutten-Czapska c. Pologne*, *op. cit.*, § 232.

²⁴³⁰ Cour EDH, Gde ch., 22 juin 2004, *Broniowski c. Pologne*, *op. cit.*, § 193.

²⁴³¹ E. LAMBERT-ABDELGAWAD, « Subsidiarité et exécution des arrêts : L'obligation de moyens dans l'exécution des arrêts », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, édition Nemesis, Anthemis, 2014, p. 164.

subsidiarité en ce que toutes les requêtes pendantes sont renvoyées devant ces nouvelles voies de recours »²⁴³², elle confirme avant tout la mutation du principe de subsidiarité, autrefois synonyme de libertés et désormais énonciateur de contraintes étatiques. L'encadrement de la liberté de moyens des Etats s'exprime également, en matière d'exécution des arrêts, lors du contrôle d'une requête ultérieure soulevant un « problème nouveau ».

B- Un encadrement confirmé lors du contrôle d'une requête ultérieure soulevant un « problème nouveau »

656. De jurisprudence constante, la Cour affirme qu'elle n'a pas compétence pour examiner si un Etat partie s'est conformé aux obligations que lui impose un arrêt de condamnation mais que rien ne l'empêche, toutefois, de connaître une requête ultérieure soulevant un problème nouveau, non encore tranché par elle. Dans une décision Lyons contre Royaume-Uni du 8 août 2003 par exemple, la Cour déclare la requête irrecevable dans la mesure où l'absence de réouverture d'une procédure ou d'annulation d'une condamnation en droit interne, à la suite d'un premier arrêt européen constatant la violation de l'article 6 § 1, ne donne lieu à aucun fait nouveau susceptible d'être examiné par elle. A l'inverse, tel n'était pas le cas dans l'affaire Mehemi contre France (N°2) du 10 avril 2003 – faisant suite à un premier arrêt du 26 septembre 1997 – dans laquelle un « fait nouveau » pouvait être identifié. En effet, dans le premier jugement portant sur la condamnation d'un étranger à une interdiction définitive de séjour sur le territoire français, la Cour avait conclu à la violation de l'article 8 du fait de la disproportion du caractère définitif d'une telle mesure au but légitime poursuivi. A la suite de cette condamnation, le requérant s'était finalement vu octroyer des autorisations provisoires de séjour, renouvelées de six mois en six mois et, par ailleurs, accompagnées d'une assignation à résidence. Il invoquait donc, au vu de sa situation actuelle, une nouvelle violation de l'article 8 de la Convention. Dans l'affaire Mehemi n°2, la Cour considère que ces autorisations temporaires constituent bien un fait nouveau et s'estime donc compétente *ratione materiae* pour juger du litige. Toutefois, elle fait preuve d'une certaine retenue dans l'exercice de son contrôle et considère que la nouvelle situation du requérant, à compter du premier arrêt de 1997, n'était pas de nature à entraîner une seconde violation de la Convention ou, en d'autres termes, que les mesures d'exécution adoptées par l'Etat membre étaient bien

²⁴³² K. BLAY-GRABARCZYK, M. AFROUKH, A. SCHAHMANECHE, « Le contrôle de l'exécution des arrêts de la Cour EDH, Aspects européens: acteurs politiques et acteurs juridictionnels », *op. cit.*, p. 944.

satisfaisantes. Par ce constat de non-violation, elle valide donc le choix national de mise en conformité avec le premier arrêt de condamnation et respecte ainsi la liberté du Gouvernement défendeur en matière d'exécution. Si la Cour européenne refuse de reconnaître que le procédé de l'examen d'une requête ultérieure présentant un « fait nouveau » la conduit implicitement au contrôle de l'exécution de ses propres arrêts, la frontière entre un tel contrôle et celui portant sur l'exécution des arrêts est toutefois particulièrement mince, dès lors que la présence de « faits nouveaux », produits dans le cadre d'une procédure d'exécution, lui permet incontestablement de vérifier si les mesures prises par un Etat, à la suite d'une condamnation, sont désormais conventionnelles et suffisantes²⁴³³.

657. Cela étant, la Cour européenne n'a guère attendu pour s'engouffrer dans la brèche d'un possible contrôle de l'exécution de ses arrêts et ainsi venir sanctionner les mesures adoptées par l'Etat membre, procédant par là-même à un encadrement indirect de la liberté de choix des moyens d'exécution d'un arrêt.

Dans la très célèbre affaire de Grande chambre, *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) contre Suisse* (n° 2) du 30 juin 2009²⁴³⁴, intervenue à la suite d'un premier arrêt VgT datant du 28 juin 2001²⁴³⁵, le juge de Strasbourg vient en effet sanctionner et donc limiter la liberté de choix des moyens dont un Etat dispose pour se conformer à un arrêt de la Cour. En l'espèce, était en cause une association suisse de protection des animaux s'étant vu opposer une interdiction générale de diffusion d'un spot publicitaire qui, dans le 1^{er} arrêt du 28 juin 2001, avait été jugé contraire à la liberté d'expression. Sur la base de cette condamnation, l'association requérante avait donc saisi le Tribunal fédéral suisse d'une demande de révision de l'arrêt national définitif et s'était vu là encore opposer un refus, conformément à la procédure de révision en droit interne. L'association requérante introduisit donc une seconde

²⁴³³ Sans qu'il soit nécessaire d'y accorder des développements dans le cadre de notre démonstration, notons toutefois que la distinction entre les affaires comportant un fait nouveau et celles n'en comportant pas, n'est pas des plus évidentes et s'expose donc à la critique. La doctrine avait essayé de développer des critères de distinction mais concluait, néanmoins, à la confusion et au manque de clarté de la jurisprudence européenne en la matière. Voir, parmi d'autres, M. HERTIG RANDALL et X-B. RUEDIN, « L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme à la lumière de l'arrêt VGT c. Suisse du 4 octobre 2007 », *AJP/PJA*, 2008, n°6, pp. 651-664. La Cour a toutefois apporté des précisions dans la décision, 18 septembre 2012, *Egmez c. Chypre*, req. n°12214/07, §§ 48-56 et Cour EDH, Gde ch., 5 février 2015, *Bochan c. Ukraine* (n°2), req. n°22251/08, § 35 spéc.

²⁴³⁴ Cour EDH, Gde ch., 30 juin 2009, *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse* (n°2), req. n°32772/02 ; *RTDH*, 2010, n°81, pp. 421-443, comm. M. HERTIG RANDALL et X-B. RUEDIN ; *JCP G.*, 2010, n°3, doctr. 70, chron. F. SUDRE ; *RSDA*, 2009, n°1, pp. 31-27, J-P. MARGUENAUD.

²⁴³⁵ Cour EDH, 28 juin 2001, *Verein Gegen Tierfabriken c. Suisse*, req. n°24699/94.

requête à Strasbourg, considérant que le maintien de l'interdiction de la diffusion du spot publicitaire constituait une nouvelle violation de l'article 10 de la Convention. Contre toutes attentes, le juge européen, s'abritant derrière l'argument de l'existence d'un problème nouveau²⁴³⁶, se déclare compétent pour accueillir ce nouveau grief. Si la doctrine s'est principalement insurgée face à la compétence *ratione materiae* très discutable de la Cour et face à ce « *recours en manquement avant l'heure* »²⁴³⁷, juger cette affaire recevable a surtout permis à la Cour d'indirectement encadrer, pour ne pas dire « *vider de son contenu* »²⁴³⁸, le principe d'un libre choix des moyens de l'Etat. En effet, en concluant à une nouvelle violation de la Convention et bien que rappelant expressément que l'Etat défendeur reste libre de choisir les moyens de s'acquitter de ses obligations au titre de l'article 46 § 1²⁴³⁹, le juge des droits de l'homme vient très clairement émettre un avertissement à destination des Parties contractantes, selon lequel « *le moyen le plus efficace, voire le seul, pour réaliser la restitutio in integrum* »²⁴⁴⁰, dans ce genre de cas, est de procéder à la réouverture de la procédure en droit interne.

Elle confirmera notamment son propos dans une affaire Bochan contre Ukraine (n°2) du 5 février 2015, insistant sur le fait que pareilles procédures de réexamen sont « *considérées comme un élément important de l'exécution des arrêts de la Cour, [...] et [qu']en les mettant en place un État contractant démontre son attachement à la Convention et à la jurisprudence de la Cour* »²⁴⁴¹. En l'absence d'un tel réexamen de la demande en revendication de propriété de la requérante et au regard de la dénaturation, par la Cour Suprême, des constats opérés par la Cour européenne dans son arrêt Bochan du 3 mai 2007 – ayant ainsi conduit à faire échouer la démarche de la requérante tendant à voir examiner sa demande à la lumière de ce premier arrêt²⁴⁴² – le juge européen conclut à la violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

658. Cette liberté – devenue presque théorique – quant au choix des mesures d'exécution d'un arrêt s'est particulièrement vue réduite à néant, dans une affaire Emre contre

²⁴³⁶ Cour EDH, Gde ch., 30 juin 2009, *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse* (n°2), *op. cit.*, § 65.

²⁴³⁷ E. LAMBERT-ABDELGAWAD, « L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (2006) », *RTDH*, 2007, p. 675. Le commentaire porte sur l'arrêt de chambre du 4 octobre 2007 mais vaut tout autant pour l'arrêt de Grande chambre, qui ne fait que confirmer la solution retenue par la chambre.

²⁴³⁸ F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G.*, 2010, n°3, doct. 70.

²⁴³⁹ Cour EDH, Gde ch., 30 juin 2009, *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse* (n°2), *op. cit.* § 88.

²⁴⁴⁰ *Ibid.*, § 89.

²⁴⁴¹ Cour EDH, Gde ch., 5 février 2015, *Bochan c. Ukraine* (n°2), req. n°22251/08, § 58.

²⁴⁴² Cour EDH, 3 mai 2007, *Bochan c. Ukraine* (n°2), req. n°7577/02, § 64.

Suisse (n°2) du 11 octobre 2011²⁴⁴³. En l'espèce, elle vient sanctionner le refus des juridictions nationales de tirer pleinement conséquence du premier arrêt de condamnation Emre contre Suisse du 22 mai 2008²⁴⁴⁴, refus qui emporte donc une nouvelle violation de l'article 8 combiné à l'article 46 de la Convention. Contrairement à l'affaire Mehemi où les faits étaient sensiblement identiques, la Cour européenne ne limite plus le degré de son contrôle mais vient, au contraire, sanctionner les mesures nationales d'exécution de son premier jugement dans lequel elle avait constaté qu'une mesure d'expulsion du territoire, pour une durée indéterminée, était contraire à l'article 8 de la Convention. A la suite de cette condamnation, le Tribunal fédéral suisse – saisi d'une demande de révision – avait donc réduit la durée d'expulsion à une période de dix ans au lieu d'abroger purement et simplement la mesure litigieuse. Saisi sur la base de ces faits nouveaux²⁴⁴⁵ et même si la compétence *ratione materiae* de la Cour pouvait être là aussi sujette à débat, il est clair toutefois qu'à la lecture de la motivation juridique développée, le juge vient fermement encadrer le pouvoir normalement discrétionnaire de l'Etat quant au choix des moyens d'exécution de l'arrêt Emre n°1. Malgré son rappel pédagogique d'un libre choix des moyens²⁴⁴⁶ qui implique donc, en l'espèce, qu'une certaine marge d'appréciation dans l'interprétation de l'arrêt de la Cour soit laissé au Tribunal fédéral suisse²⁴⁴⁷, elle estime qu'il n'a pas suivi le résultat de l'arrêt mais a, au contraire, « *substitué l'interprétation [de] la Cour par sa propre interprétation* »²⁴⁴⁸. Finalement, au vu du raisonnement extrêmement détaillé de son premier arrêt et même si elle n'avait pas donné d'indication quant à la manière dont elle jugeait opportun de l'exécuter²⁴⁴⁹, l'Etat défendeur n'avait guère d'autre solution que « *d'annuler purement et simplement, et avec effet immédiat, l'interdiction de territoire contre le requérant* »²⁴⁵⁰. La messe est donc dite et même si la Cour tente, dans ces derniers mots, d'être plus conciliante et modérée, envisageant que, peut-être, il existe une autre manière « *acceptable* » d'exécuter cet arrêt²⁴⁵¹, l'étendue de la liberté nationale pour se conformer au premier arrêt est particulièrement réduite. Au travers d'un contrôle de l'exécution de ses propres arrêts *via* l'examen – dans une

²⁴⁴³ Cour EDH, 11 octobre 2011, *Emre c. Suisse* (N°2), req. n°5056/10 ; *JCP G.*, 2011, n°45, 1219, obs. H. SURREL.

²⁴⁴⁴ Cour EDH, 22 mai 2008, *Emre c. Suisse*, req. n°42034/04.

²⁴⁴⁵ Cour EDH, 11 octobre 2011, *Emre c. Suisse* (N°2), req. n°5056/10, §§ 41 et 43 ; *JCP G.*, 2011, n°45, 1219, obs. H. SURREL.

²⁴⁴⁶ *Ibid.*, § 69.

²⁴⁴⁷ *Ibid.*, § 71.

²⁴⁴⁸ *Ibid.*

²⁴⁴⁹ *Ibid.*, § 69.

²⁴⁵⁰ *Ibid.*, § 75.

²⁴⁵¹ *Ibid.*

même affaire – d'une requête ultérieure soulevant un « fait nouveau », le juge des droits de l'homme encadre donc la liberté d'appréciation et de choix des Etats membres pour exécuter un arrêt de la Cour.

*
* *

659. En matière d'exécution des arrêts de la Cour, la mutation du principe de subsidiarité vise à limiter – pour orienter – le choix des Etats membres quant aux mesures d'exécution à prendre, suite à un arrêt de condamnation. Or, ce principe du libre choix des moyens de mise en conformité avec un arrêt de la Cour se voit, en effet, doublement encadré. Il fera d'une part, l'objet d'un encadrement *a priori* ou en amont de l'exécution nationale *via* une redéfinition par la Cour de l'obligation générale d'exécution des arrêts, qui n'impose plus seulement à l'Etat d'adopter des mesures individuelles et de réparation mais également des mesures générales, et dont le choix de l'ensemble de ces mesures se voit souvent précisé, indiqué, parfois même imposé, par le juge européen. Ce principe du libre choix des moyens de l'Etat fera, d'autre part, l'objet d'un encadrement *a posteriori* ou en aval de l'exécution nationale *via* un contrôle de l'exécution des arrêts, par la Cour elle-même, de plus en plus renforcé. Que ce contrôle s'exerce lors de l'exécution d'une affaire pilote ou d'une requête ultérieure soulevant un « problème nouveau », il conduit le juge à apprécier les mesures nationales mises en place à la suite d'un de ses arrêts et parfois donc de les sanctionner si elles ne satisfont pas aux exigences dégagées dans le premier arrêt. La Cour vient alors indirectement encadrer le libre choix des moyens de l'Etat, osant parfois préciser ou repréciser la nature et le type des mesures à prendre pour se conformer à l'arrêt au principal. Ainsi, le juge PINTO DE ALBUQUERQUE note que « *la politique initiale de la Cour, qui s'abstenait d'émettre des directives, a fait place à une politique générale consistant à donner aux États défendeurs des orientations, voire des instructions, sur la manière d'exécuter un arrêt. Les arrêts de la Cour ne sont [donc] plus purement déclaratoires, mais prescriptifs* »²⁴⁵².

660. Ce contrôle de l'exécution des arrêts par la Cour, source d'un encadrement des libertés étatiques en matière d'exécution, s'est par ailleurs vu légitimité par l'introduction

²⁴⁵² Opinion concordante du juge PINTO DE ALBUQUERQUE dans Cour EDH, Gde ch., 7 février 2013, *Fabris c. France*, req. n°16574/08 ; *AJDA*, 2013, n°31, pp. 1795-1797, chron. L. BURGORGUE-LARSEN.

d'une procédure de recours en manquement²⁴⁵³. « *L'exécution rapide et complète des arrêts de la Cour [étant] primordiale* »²⁴⁵⁴ pour garantir l'efficacité et la crédibilité du système conventionnel, le Protocole n°14 cherche en effet à renforcer les pouvoirs de contrôle des organes européens et pallier la carence des moyens de contrainte dont dispose le Comité des Ministres, lorsque confronté au refus d'un Etat de se conformer à un arrêt définitif de la Cour. Même si elle se dessine comme une procédure à portée limitée²⁴⁵⁵, elle confirme néanmoins la volonté – non plus seulement du juge mais du système dans son ensemble – d'encadrer les Etats membres *via* différents mécanismes prétoriens ou conventionnels de contrainte. L'introduction de cette nouvelle procédure, si elle participe à la mutation du principe de subsidiarité – non plus protecteur des souverainetés – mais source d'encadrement de celles-ci, est toutefois favorable à l'efficacité du système conventionnel dans la mesure où imposer un respect des arrêts de la Cour permet naturellement de vider de leur substance les futurs recours ayant pour origine une même violation. De manière générale, contraindre l'Etat membre permet donc d'une part, de réduire les dispositions nationales inconventionnelles et d'autre part, de transférer ce contentieux potentiel en droit interne, dès lors que l'Etat a pris acte des indications de la Cour et mis en œuvre les recours effectifs pour y remédier. Le principe de subsidiarité, bien que transformé, semblerait donc également renforcé.

²⁴⁵³ L'article 46 § 4 et 5 de la Convention, tel qu'amendé par le Protocole n°14, prévoit que lorsque le Comité des Ministres estime qu'un Etat contractant refuse de se conformer aux prescriptions découlant d'un arrêt définitif de la Cour, celui-ci pourra saisir le juge de Strasbourg de cette question laquelle devra alors, soit se prononcer sur la violation de l'article 46 § 1 en cas de manquement à l'exécution de l'arrêt en cause par l'Etat, soit constater l'absence de violation s'il estime que l'Etat s'est correctement conformé audit arrêt.

²⁴⁵⁴ Rapport explicatif du Protocole n°14 à la Convention européenne des droits de l'homme, amendant le système de contrôle de la Convention, § 98.

²⁴⁵⁵ D'une part, les modalités de saisine risquent d'être sources de limite, l'exigence de majorité qualifiée apparaissant relativement stricte et difficilement atteignable. D'autre part et dès lors que le rapport explicatif souligne que l'article 46 § 4 et 5 ne « *prévoit pas non plus que la Haute Partie contractante [...] ait à verser une pénalité financière* », on peut se demander quelle est la portée réelle – outre l'effet dissuasif – de ce nouveau recours. Cette crainte est notamment corroborée par le fait que la Cour ne pourra que constater la violation et renvoyer l'affaire au Comité des Ministres qui reste alors seul compétent pour « *examiner les mesures à prendre* » (art. 46 § 5). Voir, en ce sens, E. LAMBERT-ABDELGAWAD, « Le Protocole n°14 et l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », in G. COHEN-JONATHAN, J-F. FLAUSS (dir.), *La réforme du système de contrôle contentieux de la Convention européenne des droits de l'homme : le Protocole n°14 et les recommandations et résolutions du Comité des ministres : actes du séminaire organisé à Strasbourg le 7 juillet 2004*, Bruylant, 2005, p. 88, qui affirme qu'il est peu probable qu'une telle procédure soit « *à même de guérir les maux du système européen* ».

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

662. Le principe de subsidiarité, parce qu'inscrit au cœur d'une politique jurisprudentielle visant à responsabiliser les Etats membres, tend à devenir un principe-guide non plus de l'office du juge strasbourgeois et de la décision juridictionnelle européenne mais, désormais, de l'application et de la protection des garanties en droit interne. Pour ce faire et que ce soit au travers d'une intensification du mouvement jurisprudentiel de procéduralisation des droits ou d'une refondation des méthodes de contrôle, impactant et limitant l'examen national de la conventionnalité de la mesure, il devient donc source d'un encadrement des libertés étatiques dans la protection des garanties en droit interne tout d'abord. Le principe de subsidiarité devient également source de contraintes étatiques en matière d'exécution des arrêts de la Cour, encadrant de plus en plus fermement le principe du « libre » choix des moyens de l'Etat pour s'acquitter de son obligation de mise en conformité avec les arrêts auxquels l'Etat est partie. Une telle mutation du principe présente ainsi « *un réel intérêt justificatif pour l'activisme de la Cour, puisqu'elle donne l'illusion de laisser les Etats maîtres de l'application de la Convention alors qu'en définitive, elle les contraint à agir d'une manière toujours plus déterminée* »²⁴⁵⁶.

663. Par ailleurs, cet encadrement des libertés nationales, *via* un principe de subsidiarité reformulé, peut être *graduel* et contraindre les Parties contractantes d'une manière variable, que ce soit par l'énoncé d'obligations positives procédurales se substituant ou s'additionnant aux obligations substantielles, ou par l'indication ou l'injonction de mesures individuelles et générales à prendre pour solutionner la cause de la violation. Il peut être également *multiforme* et se dessiner comme un encadrement, à la fois *substantiel* et *procédural*, mais aussi *a priori* ou *a posteriori* de l'exécution en droit interne. Cet encadrement de la liberté des Etats et, plus précisément, des mesures nationales d'exécution – s'il contrevient au sens originaire du principe de subsidiarité – présente néanmoins des avantages indéniables. En effet, encadrer la liberté de l'Etat permet de mieux le guider sur la voie d'une correcte application des garanties conventionnelles et d'une meilleure exécution des arrêts de la Cour dans l'ordre interne²⁴⁵⁷. De même, « *en indiquant les mesures destinées*

²⁴⁵⁶ B. DELZANGLES, *Activisme et autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, Fondation Varenne, 2009, p. 327.

²⁴⁵⁷ Voir, en ce sens, les derniers rapports annuels sur la surveillance de l'exécution des arrêts.

à assurer l'exécution de son arrêt, la Cour fournit des indications précises au Comité des ministres quant aux mesures qui s'imposent à l'État »²⁴⁵⁸.

664. Ainsi, l'encadrement de l'autonomie nationale dans la protection interne des garanties d'une part, et du libre choix des moyens d'exécution d'un arrêt d'autre part, participe incontestablement à responsabiliser les Etats membres dans leur rôle prioritaire de protecteur des droits de l'homme en droit interne. En effet, l'établissement de critères précis de contrôle, d'une procéduralisation des droits substantiels ou d'un encadrement de la liberté des Etats en matière d'exécution des arrêts de la Cour – la bonne exécution des arrêts étant l'« *une des clés de l'amélioration du système européen des droits de l'homme* »²⁴⁵⁹ – poursuit toujours une finalité préventive d'épuration des nouvelles condamnations. La reformulation du principe de subsidiarité se dessine, alors, comme une solution à l'actuel débordement du prétoire strasbourgeois. En effet, plus les Etats se conformeront correctement aux obligations conventionnelles et décisions de la Cour, plus ils contribueront d'une part, à garantir une protection effective des dispositions en droit interne et d'autre part, à éliminer en amont d'autres griefs conventionnels ayant pour source une même violation. La mutation-reformulation du principe s'inscrit donc bien au cœur d'une politique jurisprudentielle de responsabilisation des Etats membres, répondant à un besoin urgent de désengorgement du prétoire strasbourgeois et, par conséquent, de renationalisation du contentieux européen.

²⁴⁵⁸ K. BLAY-GRABARCZYK, M. AFROUKH, A. SCHAHMANECHE, « Le contrôle de l'exécution des arrêts de la Cour EDH, Aspects européens: acteurs politiques et acteurs juridictionnels », *RFDA*, 2014, n°5, p. 940.

²⁴⁵⁹ E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Dossiers sur les droits de l'homme n°19, Editions du Conseil de l'Europe, 2008.

CHAPITRE 2 : UNE REFORMULATION DU PRINCIPE AU SERVICE D'UNE RENATIONALISATION DU CONTENTIEUX

666. En raison d'un nombre croissant et démesuré de requêtes actuellement pendantes devant la Cour de Strasbourg, le système européen de protection des droits de l'homme est au bord de l'asphyxie. S'il est vrai qu'une diminution notable du nombre total d'affaires pendantes – estimé à 69 900 au 31 décembre 2014 – a pu être enregistrée sur ces trois dernières années, il n'en reste pas moins que le nombre n'avait jusqu'alors, depuis 1996 environ, cessé d'augmenter, au point d'atteindre plus de 151 600 affaires pendantes en décembre 2011. Bref, la « *Cour [est] submergée sous le flot des recours* »²⁴⁶⁰ ! « *La Cour prend l'eau* »²⁴⁶¹ ! Face à un tel engorgement du système découlant d'une adhésion massive de nouveaux Etats parties sur les vingt dernières années et d'un accroissement général du nombre de requêtes, le juge des droits de l'homme n'est ainsi plus en mesure de respecter ses propres exigences, tenant en particulier aux délais raisonnables des procédures. Parce que « *la protection nationale commence et s'achève au niveau national* »²⁴⁶², l'accent est donc mis sur la nécessité de renforcer le rôle du principe de subsidiarité²⁴⁶³ qui, en tant que « *facteur d'efficacité du système européen de protection des droits de l'homme* »²⁴⁶⁴, se dessine clairement, aujourd'hui, comme une « *voie de salut pour le système* »²⁴⁶⁵ conventionnel.

667. En effet et d'une part, le principe de subsidiarité est avant tout le garant du rôle prioritaire des autorités nationales dans la protection interne des droits garantis et justifie qu'un transfert du contentieux européen, vers le plan national, soit ainsi opéré afin de soulager le prétoire strasbourgeois. D'autre part, il participe à responsabiliser les Etats membres dans ce rôle – nous l'avons vu – dès lors que la Cour encadre, sous couvert d'une subsidiarité reformulée, leurs libertés et les guide sur la voie d'une protection effective des droits de

²⁴⁶⁰ J-C. MIGNON, « Allocution d'introduction », *La conférence de Brighton*, 19 avril 2012, disponible sur : http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=http://assembly.coe.int/President/Mignon/Discours/2012/19042012_BrightonConferenceF.htm.

²⁴⁶¹ G. GONZALEZ, « Rêveries aquatiques sur le devenir de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G.*, 2012, n°19, 568.

²⁴⁶² W. SCHWIMMER, *Conférence ministérielle européenne sur les droits de l'homme*, organisée sous l'égide de la présidence italienne du Comité des ministres du Conseil de l'Europe, à Rome, les 3 et 4 novembre 2000.

²⁴⁶³ Voir, par exemple, le rapport explicatif du Protocole n°14 à la Convention européenne, § 12.

²⁴⁶⁴ J-M. SAUVE, Intervention devant le Conseil d'Etat, lors de la conférence sur *Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme*, Paris, le 19 avril 2010.

²⁴⁶⁵ J-M. SAUVE, Intervention lors de la conférence sur *La Convention vous appartient, Dialogue entre juges 2010*, Strasbourg, janvier 2010, p. 45.

l'homme en droit interne. En conséquence, « *l'exigence de subsidiarité [apparaît donc comme] une condition de la survie du système tout entier* »²⁴⁶⁶. Ainsi, nombreuses des évolutions jurisprudentielles – corroborées par diverses réformes juridiques et passant toutes, pour l'essentiel, par la voie d'une application reformulée du principe de subsidiarité n'ayant donc plus rien à voir avec son principe d'origine²⁴⁶⁷ – ont ainsi été mises en œuvre afin de « revitaliser » le système conventionnel²⁴⁶⁸.

668. Ce prégnant besoin de renationalisation du contentieux, s'exprimant au travers d'une valorisation parfois excessive du principe – désormais « *surdimensionné* »²⁴⁶⁹ – de subsidiarité, a donc eu, selon nous, des conséquences nuancées²⁴⁷⁰ sur le fonctionnement du système européen et la protection effective des droits de l'homme. Il a conduit d'une part, au renforcement mitigé (au sens d'ambivalent) de la capacité de filtrage de la Cour qui – bien que motivé dans le sens d'une réaffirmation de la subsidiarité – ne participe pas toujours à l'affermissement de ce principe mais conduit, au contraire, à l'abandon potentiel de certaines affaires (**Section 1**). Le principe de subsidiarité-encadré devient alors un moyen de protéger l'effectivité des droits au plan national sans qu'aucune garantie ni examen européen ne soit, dans un second temps, envisageable. Toutefois, il a d'autre part conduit au renforcement salutaire de l'autorité des arrêts de la Cour, puisqu'encourageant la bonne réception et application des règles jurisprudentielles en droit interne et favorisant donc, *in fine*, une renationalisation du contentieux européen sans entamer la garantie effective des droits de l'homme en Europe (**Section 2**).

²⁴⁶⁶ A. LEVADE, « La QPC pourrait-elle être un recours interne à épuiser ? (CEDH, 30 avril 2013, Hazan Uzun c. la Turquie, n°10755/13) », *Constitutions*, 2013, p. 192.

²⁴⁶⁷ *Contribution du secrétaire général du Conseil de l'Europe à la préparation de la Conférence ministérielle d'Interlaken*, SG/Inf(2009)20, 14 janvier 2010.

²⁴⁶⁸ Voir, en ce sens, certains des éléments développés *supra*, dans le Chapitre 1 (Partie 2, Titre 2, Chapitre 1) tels que la procédure des arrêts pilotes, qui a incontestablement pour finalité, une renationalisation du contentieux.

²⁴⁶⁹ G. GONZALEZ, « Rêveries aquatiques sur le devenir de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G.*, *op. cit.*, 568.

²⁴⁷⁰ Voir également, en ce sens, l'introduction envisagée d'un système de taxe pour tout dépôt de requête visant à responsabiliser les justiciables dans leur choix de poursuivre la procédure à Strasbourg. Pour beaucoup – dont la Cour – imposer le paiement de frais de justice serait contraire aux droits de l'homme et il est donc préférable de favoriser une autre proposition, telle que celle d'une représentation obligatoire des requérants par un avocat (Déclaration d'Izmir sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, adoptée le 27 avril 2011, à Izmir (Turquie), A. § 1 et I. § 2 a).

SECTION 1 : UN RENFORCEMENT MITIGE DE LA CAPACITÉ DE FILTRAGE DE LA COUR

669. Si la Déclaration d'Interlaken envisageait déjà l'« *application uniforme et rigoureuse des critères concernant la recevabilité et la compétence* »²⁴⁷¹ du juge européen comme nécessaire à une réduction du flux contentieux, la Déclaration d'Izmir confirme, quant à elle, que « *les critères de recevabilité sont un outil essentiel pour gérer la charge de travail de la Cour et pour donner un effet concret au principe de subsidiarité* »²⁴⁷². Faisant suite à un élargissement significatif du champ de compétence du juge européen – et notamment d'une approche « *pro victima* » de sa compétence *ratione personae*²⁴⁷³ – le renforcement de la capacité de filtrage de la Cour a donc été envisagé comme l'un des principaux axes d'amélioration du système, afin de freiner l'accumulation des requêtes à Strasbourg²⁴⁷⁴.

670. Ce renforcement a ainsi donné lieu à une rationalisation générale du système juridictionnel²⁴⁷⁵.

En effet, la capacité de filtrage du juge européen est d'une part augmentée, par l'instauration d'un juge unique²⁴⁷⁶ qui, doté de la compétence de déclarer les requêtes individuelles irrecevables ou de les rayer du rôle, peut ainsi traiter plus rapidement les affaires manifestement irrecevables, dans la mesure où la formation n'implique qu'un seul juge. Toutefois, « *le juge ne prendra de telles décisions [que] dans les affaires parfaitement claires, dans lesquelles l'irrecevabilité de la requête s'impose d'emblée* »²⁴⁷⁷. Dans le cas contraire, il transmet la requête à un comité de trois juges ou à une chambre, qui réaliseront alors un examen complémentaire. Par ailleurs, il ne pourra en aucun cas siéger en tant que juge unique, dans le cadre de l'examen d'une requête introduite contre l'Etat partie au titre

²⁴⁷¹ Déclaration d'Interlaken sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, adoptée le 19 février 2010 à Interlaken (Suisse), (4).

²⁴⁷² Déclaration d'Izmir, Conférence à haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, 27 avril 2011, à Izmir (Turquie), § 4.

²⁴⁷³ La Cour va, par exemple, interpréter de manière évolutive la notion de victime et ainsi aboutir à un double assouplissement de la règle de principe *via* la consécration des notions de « *victime potentielle* » et de « *victime indirecte* ».

²⁴⁷⁴ Voir notamment, en ce sens, E. LAMBERT-ABDELGAWAD et P. DOURNEAU-JOSETTE (dir.), *Quel filtrage des requêtes par la Cour européenne des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe, 2011.

²⁴⁷⁵ Pour approfondir la question, se référer par exemple à l'article de P. DOURNEAU-JOSETTE, « L'expérience du juge unique et des comités de trois juges depuis l'entrée en vigueur des protocoles n^{os} 14 et 14 bis », in E. LAMBERT-ABDELGAWAD et P. DOURNEAU-JOSETTE (dir.), *Quel filtrage des requêtes par la Cour européenne des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe, 2011, p. 225-242.

²⁴⁷⁶ Cette nouvelle formation juridictionnelle de la Cour a fait son apparition au paragraphe 1^{er} de l'article 26 de la Convention européenne.

²⁴⁷⁷ Rapport explicatif du Protocole n^o 14 à la Convention européenne des droits de l'homme, amendant le système de contrôle de la Convention, § 67.

duquel il a été élu et ce, afin de garantir l'impartialité des juges en cause. Cependant, il est à craindre que cette impartialité ne soit, en pratique, pas toujours respectée²⁴⁷⁸. Ainsi, la collégialité constitue manifestement la seule véritable garantie d'indépendance et d'impartialité des juges, ainsi que la « *fiabilité des jugements* »²⁴⁷⁹ en ce qu'elle écarte le risque de subjectivisme, d'autant que ces décisions d'irrecevabilité sont jugées définitives²⁴⁸⁰.

D'autre part, les paragraphes 1 et 2 de l'article 28 de la Convention, tels que modifiés par l'article 8 du Protocole additionnel n°14, prévoient un élargissement des compétences du comité des trois juges qui, jusqu'à présent, ne pouvait se prononcer que sur l'irrecevabilité des requêtes. Désormais, le Comité pourra déclarer une requête recevable et « *rendre conjointement un arrêt au fond lorsque la question relative à l'interprétation ou à l'application de la Convention [...] fait l'objet d'une jurisprudence bien établie* »²⁴⁸¹, alors que le fond de l'affaire était auparavant examiné seulement en Chambre de sept juges ou en Grande Chambre de dix-sept juges. Pour précision, une jurisprudence sera considérée comme bien établie dès lors que la Cour tranchera dans un même sens ou, exceptionnellement, lorsqu'un seul arrêt aura été rendu, notamment par la Grande Chambre²⁴⁸². Cette hypothèse vise essentiellement le traitement plus succinct des affaires répétitives, à partir du moment où la Cour aura identifié le problème structurel en cause et rendu un arrêt pilote. Ainsi, les anciennes compétences des comités de trois juges sont en quelque sorte transmises aux juges uniques, les comités pouvant désormais se concentrer sur la recevabilité et le fond des affaires répétitives ou manifestement bien fondées. Ils viennent donc suppléer le travail des Chambres. Ce glissement des compétences s'illustre également à l'égard des formations de Chambres qui pourront éventuellement être composées de cinq juges par une décision à l'unanimité du Comité des Ministres²⁴⁸³ et n'auront en charge que des problèmes nouveaux, nécessitant un examen plus approfondi et motivé.

²⁴⁷⁸ Certes, les juges nationaux seront écartés des affaires impliquant leur pays, mais la présence d'un seul juge est forcément empreinte de subjectivité. L'ancien jurisconsulte de la Cour européenne, Vincent BERGER, souligne justement que certains juges nationaux ne « *jouent pas le jeu* » dans la mesure où « *ils tentent de court-circuiter les rapporteurs [...] et d'influencer le juge unique à aller dans un sens plutôt qu'un autre* » (V. BERGER, *Les pratiques de la Cour européenne des droits de l'homme*, conférence du 14 avril 2011 à l'université de Montpellier I (non publié)).

²⁴⁷⁹ C. PARISI, « L'extension du système de juge unique en Europe », *RIDC*, n°3, vol 59, 2007, pp. 647-671.

²⁴⁸⁰ Article 27 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme.

²⁴⁸¹ Article 28 § 1 b) de la Convention européenne des droits de l'homme.

²⁴⁸² Rapport explicatif du Protocole n°14 à la de la Convention européenne des droits de l'homme, amendant le système de contrôle de la Convention, § 68.

²⁴⁸³ Article 26 § 2 de la de la Convention européenne des droits de l'homme.

671. Toutefois, ce renforcement de la capacité de filtrage de la Cour reste, avant tout, marqué par l'adoption d'un nouveau critère de recevabilité tenant à la présence d'un préjudice important et s'additionnant aux autres critères énoncés par l'article 35 de la Convention. Cette innovation est d'autant plus marquante qu'elle favorise, certes, un traitement national de la protection « quotidienne » des droits de l'homme²⁴⁸⁴ mais suggère, également, un abandon du contentieux de faible importance qui ne sera potentiellement plus examiné à Strasbourg et ce, malgré les défaillances nationales éventuelles. Pour cette raison, cette innovation ne se justifie pas – selon nous – à l'aune d'une consolidation du principe de subsidiarité et apparaît facteur d'un amoindrissement potentiel de la protection des droits (§. 1). Un tel critère, parce qu'il invite la Cour à se concentrer sur les affaires les plus importantes ou les questions de principe confirme, par ailleurs, la constitutionnalisation progressive du rôle du juge européen (§. 2).

§1- L'introduction d'un nouveau critère de recevabilité, facteur d'un amoindrissement potentiel de la protection des droits

672. L'introduction, par le Protocole n°14, d'un nouveau critère de recevabilité s'inscrit, incontestablement, au cœur des réformes du système conventionnel visant un allègement rapide et efficace de la surcharge de travail de la Cour. Ce nouvel outil doit en effet permettre au juge européen, de sélectionner les affaires nécessitant un examen au fond et réciproquement, de déclarer irrecevables celles où le requérant n'aurait pas subi de « préjudice important ». A cet égard, la Cour n'a de cesse de rappeler que « *ce nouveau critère a été conçu pour lui permettre de traiter rapidement les requêtes à caractère futile, afin de se concentrer sur sa mission essentielle, qui est d'assurer au niveau européen la protection juridique des droits garantis par la Convention et ses Protocoles* »²⁴⁸⁵. Il offre donc à la Cour de Strasbourg, la possibilité d'écarter les affaires d'importance mineure en application de l'adage « *de minimis non curat praetor* ». Le nombre de requêtes déclarées irrecevables n'a ainsi fait que sensiblement progresser depuis les années 2010. En 2011, 50 677 requêtes ont été déclarées irrecevables ou rayées du rôle par un juge unique, un comité ou une chambre, soit une augmentation de 31 % par rapport au chiffre de 2010 (38 575 requêtes). En 2012, ce sont 86 201 requêtes qui ont été déclarées irrecevables ou rayées du rôle, soit une

²⁴⁸⁴ J-M. SAUVE, Intervention lors de *La Convention vous appartient, Dialogue entre juges 2010*, Strasbourg, janvier 2010, p. 45.

²⁴⁸⁵ Cour EDH, 18 octobre 2014, *Hebat aslan et firas aslan c. Turquie*, req. n°15048/09, § 74.

augmentation de 70 % par rapport au chiffre de 2011, chiffre qui s'est ensuite stabilisé à 89 737 requêtes en 2013 (soit une augmentation de 4% par rapport à 2012) puis à 83 675 requêtes en 2014, marquant une première et légère baisse de 7% par rapport à 2013²⁴⁸⁶. Si ces données brutes corroborent manifestement le constat d'un renforcement de la capacité de filtrage de la Cour, elles doivent toutefois être appréhendées à l'aune du nombre global – lui-même en augmentation – de requêtes portées à Strasbourg chaque année. Ainsi, le pourcentage de requêtes déclarées irrecevables ou rayées du rôle, calculé sur la base du nombre annuel de requêtes jugées (par décision ou arrêt) est de 93,7 % en 2010, de 97,1 % en 2011, de 98,1 % en 2012, de 96,1 % en 2013 et enfin de 97,2 % en 2014, confirmant donc – même si moins flagrant – une augmentation du filtrage des requêtes par la Cour.

673. Si les précisions jurisprudentielles – sans être, pour l'instant, alarmantes, ni discréditer la jurisprudence antérieure en matière de recevabilité – confirment que ce nouveau critère est propice à la réduction du flot contentieux (A), elles laissent néanmoins latente la crainte que – justifié à tort sur le fondement d'un renforcement du principe de subsidiarité – il puisse *in fine* porter atteinte à une protection effective des droits individuels de l'homme (B).

A- Une innovation propice à la réduction du flot contentieux

674. L'article 35 § 3 b) de la Convention européenne, tel que révisé par le Protocole n°14, prévoit que la Cour déclare une requête irrecevable lorsqu'elle estime que « *le requérant n'a subi aucun préjudice important sauf si le respect des droits de l'homme [...] exige un examen de la requête au fond et à condition de ne rejeter, pour ce motif, aucune affaire qui n'a pas été dûment examinée par un tribunal interne* »²⁴⁸⁷. Comme le souligne le rapport explicatif du Protocole²⁴⁸⁸, le principal élément de cette réforme est donc de savoir si le justiciable a, ou non, subi un préjudice dit important. Or, cette notion de « préjudice important » apparaît pour le moins vague et subjective, dès lors que son « *caractère négligeable est difficile à apprécier* »²⁴⁸⁹ et qu'il appartient à la Cour de définir le niveau

²⁴⁸⁶ L'ensemble de ces chiffres et pourcentages sont consultables sur le site de la Cour européenne, dans le document téléchargeable « Toutes les analyses statistiques ».

²⁴⁸⁷ Article 35 § 3 b) de la Convention européenne des droits de l'homme.

²⁴⁸⁸ Rapport explicatif du Protocole n°14 à la Convention européenne des droits de l'homme, amendant le système de contrôle de la Convention, § 80.

²⁴⁸⁹ E. DECAUX, « L'entrée en vigueur du Protocole n°14 de la Convention EDH. Too late and too little... », *JCP G.*, 2010, n°23, 616.

minimum de gravité qu'il doit, pour ce faire, atteindre. Par ailleurs, ce n'est pas toujours le préjudice qui est en soit important mais le fait que l'affaire présente un enjeu déterminant pour clarifier le droit. Il est donc attendu des chambres de la Cour qu'elles « *développent des principes jurisprudentiels clairs, de nature objective et pouvant être appliqués directement* »²⁴⁹⁰. L'efficacité et la portée de ce nouveau critère de recevabilité dépendent donc de l'interprétation et de l'application qu'en fait la Cour dans sa jurisprudence²⁴⁹¹, d'où la nécessité de porter une attention particulière, non seulement aux dispositions juridiques, mais aussi aux premières applications prétoriennes concernant l'appréciation de la notion de « préjudice important » (1), ainsi qu'aux diverses « clauses de sauvegarde » venues tempérer cette exigence et permettre la recevabilité de l'affaire, même en l'absence de préjudice important (2).

1- L'usage de la clause d'absence de préjudice important

675. Devant l'urgence de la situation d'un engorgement sans précédent du prétoire strasbourgeois, la Cour n'a guère perdu de temps pour venir appliquer ce nouveau critère de recevabilité, à l'instar de sa décision d'irrecevabilité *Ionescu contre Roumanie*²⁴⁹², adoptée le jour même – le 1^{er} juin 2010 – de l'entrée en vigueur du Protocole n°14. Constatant que la notion de préjudice important n'a, jusque-là, jamais fait l'objet d'aucune interprétation, elle précise donc, d'emblée, que « *l'absence d'un tel préjudice renvoie à des critères tels que l'impact monétaire de la question litigieuse ou l'enjeu de l'affaire pour le requérant* »²⁴⁹³. Ainsi, deux principaux critères sont à envisager concernant l'appréciation, par la Cour, de l'importance du préjudice subi.

²⁴⁹⁰ Rapport explicatif du Protocole n°14 à la de la Convention européenne des droits de l'homme, amendant le système de contrôle de la Convention, § 79. Ainsi, les juges uniques n'ont pu appliquer ce critère qu'à partir du 1^{er} juin 2012, après deux ans de précisions jurisprudentielles de la Cour européenne.

²⁴⁹¹ Une certaine souplesse d'utilisation du critère du préjudice important et des clauses de sauvegarde, tant quant à la manière et que quant au moment où le juge y recourt (i.e. l'articulation avec les autres critères de recevabilité), doit être remarquée. Voir, par exemple, D. SZYMCAK, « Le préjudice important... Un critère inquiétant ? », *RTDH*, 2014, pp. 559 et 565 ; P. ROUBLOT, « La nouvelle condition de recevabilité des requêtes devant la Cour européenne des droits de l'homme : enjeux et perspectives », in E. LAMBERT-ABDELGAWAD et P. DOURNEAU-JOSETTE (dir.), *Quel filtrage des requêtes par la Cour européenne des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe, 2011, pp. 225-242 ; Rapport de recherche du Conseil de l'Europe portant sur « le nouveau critère de recevabilité inséré à l'article 35 § 3 b) de la Convention : les principes jurisprudentiels deux ans après son introduction », 2012, p. 4, disponible sur :

http://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_admissibility_criterion_FRA.pdf.

²⁴⁹² Cour EDH, déc., 1^{er} juin 2010, *Adrian Mihai Ionescu c. Roumanie*, req. n°36659/04, § 29 et suiv. ; *JCP G.*, 2010, n°30, 825, obs. K. GRABARCZYK.

²⁴⁹³ *Ibid.*, § 34 (souligné par nous).

D'une part, le caractère important peut s'apprécier à l'aune de la valeur pécuniaire du préjudice allégué. Dans la décision *Ionescu contre Roumanie* précitée, elle constate ainsi que le préjudice financier était particulièrement faible, puisque se limitant, tous préjudices confondus, à un montant de quatre-vingt-dix euros et conclut donc à l'irrecevabilité de la requête. La notion de « préjudice important » apparaît donc, en premier lieu, intimement liée à l'enjeu financier du contentieux traité, enjeu que la Cour n'examine d'ailleurs pas seulement, « *in abstracto* », mais aussi « *in concreto* », en fonction de la « *situation économique* »²⁴⁹⁴ du requérant²⁴⁹⁵ et des potentielles « *répercussions importantes sur sa vie personnelle* »²⁴⁹⁶. Malgré cette première précision, le risque de subjectivité de l'appréciation d'un tel préjudice n'en est pour autant pas écarté. Ainsi, un cadre approximatif a été progressivement posé par la jurisprudence postérieure, à l'aune duquel il semble possible d'affirmer qu'un préjudice financier commence à être jugé important, dès lors qu'il est égal ou supérieur à une somme de 500 euros environ²⁴⁹⁷. En deçà, la Cour constatera généralement une absence de préjudice important²⁴⁹⁸. Cet attachement de la Cour à la présence d'un préjudice financier relativement important n'est cependant pas nouveau, dans la mesure où elle avait déjà développé une telle interprétation dans la décision *Bock contre Allemagne* du 19 janvier 2010²⁴⁹⁹, déclarée irrecevable en raison du montant minime en jeu.

D'autre part, l'importance du préjudice s'apprécie en fonction de l'enjeu de l'affaire. Le juge européen vient en effet tempérer cette interférence entre le caractère important du préjudice et sa valeur économique, en affirmant qu'un tel préjudice peut être identifié indépendamment des intérêts pécuniaires du requérant, notamment, lorsque l'affaire présente un enjeu important pour le requérant ou soulève, plus globalement, une question de principe en matière de protection des droits de l'homme. Ainsi, par exemple, la Cour a pu s'attacher au « *préjudice résultant du fait que le requérant ne s'est pas fait communiquer les commentaires*

²⁴⁹⁴ *Ibid.*, § 39.

²⁴⁹⁵ Voir, également, Cour EDH, déc., 17 janvier 2012, *Fernandez c. France*, req. n°65421/10 ; *Procédures*, 2012, n°3, comm. 72, comm. N. FRICERO.

²⁴⁹⁶ *Ibid.*, § 39.

²⁴⁹⁷ Voir, en ce sens, les exemples donnés par le Rapport de recherche du Conseil de l'Europe portant sur « le nouveau critère de recevabilité inséré à l'article 35 § 3 b) de la Convention : les principes jurisprudentiels deux ans après son introduction », 2012, p. 5, disponible sur :

http://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_admissibility_criterion_FRA.pdf.

²⁴⁹⁸ Voir, en ce sens, Cour EDH, déc., 1^{er} juin 2010, *Adrian Mihai Ionescu c. Roumanie*, req. n°36659/04 ; *JCP G.*, 2010, n°30, 825, obs. K. GRABARCZYK ; Cour EDH, déc., 1^{er} juillet 2010, *Vladimir Petrovich Korolev c. Russie*, req. n°25551/05 ; *JCP G.*, 2010, n°23, 1191, obs. L. CADIET ; Cour EDH, déc., 19 octobre 2010, *Rinck c. France*, req. n°18774/09 ; Cour EDH, déc., 17 janvier 2012, *Fernandez c. France*, req. n°65421/10 ; *Procédures*, 2012, n°3, comm. 72, N. FRICERO.

²⁴⁹⁹ Cour EDH, déc., 19 janvier 2010, *Bock c. Allemagne*, req. n°22051/07.

des autres parties sur son recours constitutionnel »²⁵⁰⁰ et a donc refusé d'assimiler le préjudice « à la somme financière qui était à l'origine de la procédure civile interne »²⁵⁰¹. Dans un arrêt Eon contre France du 14 mars 2013, la Cour dépasse également le caractère « modique » du montant pécuniaire et donc « minime » de l'enjeu financier (30 euros), pour s'attacher, à l'inverse, « à l'enjeu objectif de l'affaire » tenant à la question du maintien du délit d'offense au chef de l'État²⁵⁰². A titre de dernier exemple²⁵⁰³, l'affaire Cusan et Fazzo contre Italie du 7 janvier 2014 confirme que, malgré l'absence d'enjeu financier, la Cour peut considérer que « l'importance subjective de la question paraît évidente pour les requérants »²⁵⁰⁴ et suffit à déclarer la requête recevable.

676. Indépendamment de la nature – financière ou non – du préjudice subi, la Cour indique, par ailleurs, que l'appréciation de ce nouveau critère repose sur l'idée que la violation d'un droit doit nécessairement atteindre un minimum de gravité pour justifier l'examen de la requête. Parce qu'elle tient compte tant de « la perception subjective du requérant que de l'enjeu objectif du litige »²⁵⁰⁵, la Cour précise donc que « l'appréciation de ce seuil est, par nature, relative et dépend des circonstances de l'espèce »²⁵⁰⁶. Constatant toutefois, dans une affaire Giusti contre Italie du 18 octobre 2011, que « la jurisprudence, encore limitée, ne fournit que partiellement les critères permettant de vérifier si la violation du droit a atteint le "seuil minimum de gravité" »²⁵⁰⁷, la Cour européenne tente de développer un « faisceau d'indices » afin de préciser et rationaliser l'appréciation de la gravité du préjudice. Elle explique, ainsi, qu'« il y a lieu de prendre en compte notamment les éléments suivants : la nature du droit prétendument violé, la gravité de l'incidence de la violation

²⁵⁰⁰ Cour EDH, déc., 14 décembre 2010, *Ladislav Holub c. République Tchèque*, req. n°24880/05.

²⁵⁰¹ *Ibid.*

²⁵⁰² Cour EDH, 14 mars 2013, *Eon c. France*, req. n°26118/10, § 34 ; *JCP G.*, 2013, n°23, 656, note C. PICHERAL.

²⁵⁰³ Sur la relativité du caractère financier du préjudice important, voir également Cour EDH, 3 avril 2012, *Nicoleta Gheorge c. Roumanie*, req. n°23470/05.

²⁵⁰⁴ Cour EDH, 7 janvier 2014, *Cusan et Fazzo c. Italie*, req. n°77/07, § 37 ; *JCP G.*, 2014, act. 108, obs. H. SURREL ; *JCP G.*, 2014, n°28, doctr. 832, chron. F. SUDRE.

²⁵⁰⁵ Cour EDH, déc., 19 octobre 2010, *Rinck c. France*, req. n°18774/09, § 1.

²⁵⁰⁶ *Ibid.* En ce sens, l'interprétation de la notion de préjudice important se rapprocherait sensiblement de celle de l'article 3 de la Convention dont l'applicabilité dépend également d'un seuil minimum de gravité, lui-même apprécié de façon relative, en fonction de « l'ensemble des données de la cause, notamment de la durée du traitement et de ses effets physiques ou mentaux ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge et de l'état de santé de la victime » (Cour EDH, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, req. n°5310/71, série A n°25, § 162 ; *JDI*, 1980, p. 449, obs. P. ROLLAND et, récemment, dans Cour EDH, Gde ch., 21 janvier 2011, *M.S.S c. Belgique et Grèce*, req. n°30696/09, § 219 ; *JCP G.*, 2011, n°16, pp. 760-763, comm. E. DUBOUT).

²⁵⁰⁷ Cour EDH, 18 octobre 2011, *Giusti c. Italie*, req. n°13175/03, § 33.

*alléguée dans l'exercice d'un droit et/ou les conséquences éventuelles de la violation sur la situation personnelle du requérant. Dans l'évaluation de ces conséquences, la Cour examinera, en particulier, l'enjeu de la procédure nationale ou son issue »*²⁵⁰⁸. Même si la Cour vient donc encadrer les critères d'appréciation du caractère important du préjudice, la doctrine n'a pas manqué de faire remarquer « *la marge de manœuvre que la Cour s'octroie en jouant avec les conjonctions de coordination, [ce qui atteste qu']elle n'entend pas s'enfermer dans une approche qui serait démesurément dogmatique »*²⁵⁰⁹.

677. Par conséquent, si la Cour prend en compte l'existence et la valeur financière du préjudice, l'appréciation de son importance n'est pas uniquement liée aux intérêts patrimoniaux du requérant mais aussi à l'enjeu de l'affaire, tant d'un point de vue subjectif pour le requérant, que d'un point de vue objectif pour la protection des droits de l'homme. Même si l'introduction d'un tel critère vise expressément à réduire le nombre de requêtes portées à Strasbourg, l'article 35 § 3 b) prévoit, néanmoins, deux clauses de sauvegarde afin de limiter et encadrer l'irrecevabilité abusive de certaines requêtes ne faisant pas toujours état d'un préjudice important.

2- L'interprétation et l'application des « clauses de sauvegarde »

678. La Cour européenne a développé, dans un premier temps, une interprétation souple de l'application de ces critères d'exception à l'irrecevabilité d'une affaire, considérant dans l'affaire *Rinck contre France*²⁵¹⁰ et *Holub contre République Tchèque*²⁵¹¹ notamment, qu'il s'agissait de clauses alternatives alors même que la lettre de la Convention prévoit une lecture cumulative, au vu de la conjonction de coordination « et »²⁵¹². Elle va néanmoins durcir, dans un second temps, son approche pour progressivement limiter l'accès à son

²⁵⁰⁸ *Ibid.*, § 34 confirmé par la suite dans Cour EDH, 18 octobre 2014, *Hebat aslan et firas aslan c. Turquie*, req. n°15048/09, § 75 par exemple. Dans Cour EDH, 6 mars 2012, *Gagliano Giorgi c. Italie*, req. n°23563/07 (*JCP G.*, 2012, n°35, doctr. 924, chron. F. SUDRE), la Cour fait pour la première fois application de ces critères en matière pénale.

²⁵⁰⁹ L. BURGORGUE-LARSEN, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2012, p. 143.

²⁵¹⁰ Cour EDH, déc., 19 octobre 2010, *Rinck c. France*, req. n°18774/09.

²⁵¹¹ Cour EDH, déc., 14 décembre 2010, *Ladislav Holub c. République Tchèque*, req. n°24880/05.

²⁵¹² En effet, après avoir constaté un défaut de préjudice important, le juge relève qu'aucun élément n'impose un examen de la requête en conformité avec la première clause de sauvegarde tenant au respect des droits de l'homme et poursuit, néanmoins, son contrôle en vérifiant si l'affaire a été dûment examinée en droit interne. Or, selon une approche cumulative, le défaut de la première clause de sauvegarde aurait dû conduire la Cour à stopper son examen et conclure à l'irrecevabilité de la requête.

prétoire *via* une stricte application de ces clauses, tout particulièrement de la seconde qui, vidée de sa substance, sera bientôt supprimée.

679. ***La clause de sauvegarde liée au respect des droits de l'homme correctement appliquée*** – Tout d'abord et même en l'absence de préjudice important, une requête pourra être déclarée recevable dans la mesure où « le respect des droits de l'homme » exige un examen de l'affaire au fond. Selon le rapport explicatif, cette exception à l'irrecevabilité vise surtout « *des affaires qui, malgré leur banalité, soulèvent des questions sérieuses d'application ou d'interprétation de la Convention, ou des questions importantes relatives au droit national* »²⁵¹³. A l'inverse, la Cour considère que la condition du respect des droits de l'homme n'exige nullement la poursuite de l'examen « *lorsqu'il existe une jurisprudence claire et très abondante sur la question* »²⁵¹⁴ en cause. Dès lors, un examen au fond apparaîtrait inutile, l'affaire ne nécessitant pas une clarification, de la part de la Cour, des obligations conventionnelles de l'Etat²⁵¹⁵. Par ailleurs, l'usage de cette clause peut être justifié afin d'inciter les Etats à résoudre un problème structurel et éviter la multiplication des affaires répétitives, à l'exemple notamment, de l'affaire *Finger contre Bulgarie*²⁵¹⁶. Loin de mettre au jour une condition totalement nouvelle, cette clause s'inspire fortement de l'article 37 § 1 de la Convention²⁵¹⁷ et son application se présente comme globalement conforme à la jurisprudence développée en la matière.

680. ***La clause de sauvegarde liée à l'examen de l'affaire par un tribunal interne bientôt supprimée*** – A la première clause de sauvegarde, s'ajoute une seconde qui prévoit que, même en l'absence de préjudice important, l'affaire ne pourra être rejetée si elle n'a pas été « dûment examinée » en droit interne par un tribunal national. Selon le rapport explicatif, cette clause reflèterait directement le caractère subsidiaire du système

²⁵¹³ Rapport explicatif du Protocole n°14 à la Convention européenne des droits de l'homme, amendant le système de contrôle de la Convention, § 83.

²⁵¹⁴ Cour EDH, déc., 14 décembre 2010, *Ladislav Holub c. République Tchèque*, req. n°24880/05.

²⁵¹⁵ Voir, par exemple, Cour EDH, Gde ch., 30 mars 2009, *Leger c. France*, req. n°19324/02, § 51 ; Cour EDH, déc., 1^{er} juin 2010, *Adrian Mihai Ionescu c. Roumanie*, req. n°36659/04, §§ 37 et 38 ; *JCP G.*, 2010, n°30, 825, obs. K. GRABARCZYK.

²⁵¹⁶ Cour EDH, 10 mai 2011, *Finger c. Bulgarie*, req. n°37346/05 ; *JCP G.*, 2011, n°22, 660, obs. K. BLAY-GRABARCZYK.

²⁵¹⁷ Voir, par exemple, Cour EDH, déc., 17 janvier 2012, *Fernandez c. France*, req. n°65421/10 : « la Cour rappelle que cette notion renvoie aux conditions déjà définies pour l'application des articles 37 § 1 et 38 § 1 (dans sa rédaction antérieure au Protocole no 14) de la Convention » ; *Procédures*, 2012, n°3, comm. 72, N. FRICERO.

conventionnel, dès lors qu'elle garantit que toute affaire fera nécessairement l'objet d'un examen juridictionnel interne ou européen²⁵¹⁸. Ainsi, s'il y a eu « un déni de justice » au plan national, la Cour se devra de pallier la défaillance nationale et d'examiner, en conséquence, la requête introduite.

681. Ainsi, le juge de Strasbourg considère que lorsque le requérant a eu la possibilité de soulever ses moyens dans le cadre d'un débat contradictoire et devant au moins une juridiction interne²⁵¹⁹ ou, lorsque la demande a été examinée par deux niveaux de juridiction bien que rejetée par la suite pour non-respect des règles procédurales nationales²⁵²⁰, l'affaire a été dûment examinée en droit interne. Pourtant, l'application faite par la Cour de cette clause apparaît contestable dans la mesure où, dans l'affaire *Ionescu contre Roumanie*²⁵²¹, le grief tiré du défaut d'accès à la Haute Cour de Justice n'a pas été examiné par le tribunal de première instance, ni d'ailleurs celui tiré de l'inexécution du jugement par les juridictions russes dans la décision *Korolev contre Russie*²⁵²², et que la Cour déclare néanmoins les requêtes irrecevables. Dans cette deuxième affaire, la Cour justifie sa position au regard de deux arguments principaux, l'un tenant au fait que l'absence d'examen n'est pas imputable aux autorités mais au justiciable qui ne s'est pas conformé aux exigences procédurales internes, et l'autre tenant au fait que de tels griefs ne pourront jamais être dûment examinés par le juge national puisque liés à la procédure en droit interne devant une juridiction suprême. La Cour reconnaît, donc, que le grief n'a pas fait l'objet d'un examen par les juges nationaux mais avoue, néanmoins, qu'une lecture contraire à celle adoptée en l'espèce, « *reviendrait à l'empêcher de rejeter tout grief [...] relatif à une violation imputable à une autorité nationale statuant en dernier ressort* »²⁵²³.

682. Par conséquent, la Cour est venue préciser que la notion d'« affaire » mentionnée dans ladite clause, ne doit pas s'entendre au sens du terme « requête », c'est-à-dire « *des griefs tels qu'ils sont ensuite soumis à la Cour* » car, sinon, « *on aboutirait à une situation où il existerait des griefs se rapportant aux agissements des instances internes ultimes, qui ne pouvaient plus être examinés au niveau national et à l'égard desquels la Cour ne pourrait*

²⁵¹⁸ Rapport explicatif du Protocole n°14 à la Convention européenne des droits de l'homme, amendant le système de contrôle de la Convention, § 82.

²⁵¹⁹ Cour EDH, déc., 1^{er} juin 2010, *Adrian Mihai Ionescu c. Roumanie*, req. n°36659/04, § 40 ; *JCP G.*, 2010, n°30, 825, obs. K. GRABARCZYK.

²⁵²⁰ Cour EDH, déc., 1^{er} juillet 2010, *Vladimir Petrovich Korolev c. Russie*, req. n°25551/05 ; *JCP G.*, 2010, n°23, 1191, obs. L. CADIET.

²⁵²¹ Cour EDH, déc., 1^{er} juin 2010, *Adrian Mihai Ionescu c. Roumanie*, *op. cit.*

²⁵²² Cour EDH, déc., 1^{er} juillet 2010, *Vladimir Petrovich Korolev c. Russie*, *op. cit.*

²⁵²³ *Ibid.*

donc plus décliner sa compétence en raison de la banalité de la requête »²⁵²⁴. En effet, une telle approche ne peut être jugée compatible avec l'objet et le but de l'article 35 § 3 b), dans la mesure où ce nouveau critère a pour objectif de permettre à la Cour le traitement rapide des affaires ne méritant pas un examen au fond. Une telle interprétation téléologique de cette dernière condition, combinée à une interprétation littérale selon laquelle la clause ne doit pas être interprétée aussi strictement que les exigences de l'équité de la procédure – sinon le libellé de l'article 35 § 3 b) utiliserait le terme de « examinée équitablement » – impliquent donc que le « dû examen » porte sur l'action, la demande ou encore la prétention du requérant en droit interne, non sur les griefs tels qu'ils sont ensuite présentés à la Cour²⁵²⁵.

683. Si le juge européen, pour les besoins de la cause, a progressivement neutralisé cette clause, le choix du protocole n°15 est, quant à lui, de purement et simplement la supprimer. Selon le rapport explicatif, l'objectif de l'article 5 § 2 dudit protocole est ainsi de « *donner un plus grand effet à la maxime de minimis non curat praetor* »²⁵²⁶. Toutefois, cette modification – qui s'appliquera dès l'entrée en vigueur du protocole²⁵²⁷ – peut également être interprétée comme permettant de faire un pas de plus vers la demande de la Grande Bretagne qui, lors de la Conférence de Brighton, avait réclamé l'adoption d'une nouvelle règle selon laquelle une requête serait toujours déclarée irrecevable, dès lors qu'un tribunal national a déjà statué sur l'affaire²⁵²⁸. Dans tous les cas, l'avenir de cette clause confirme d'une part, la volonté d'offrir davantage de liberté à la Cour pour décider des requêtes qu'elle souhaite ou non examiner et inquiète d'autre part, quant à la portée et les potentialités de ce nouveau critère de recevabilité qui n'a visiblement plus rien à voir avec son principe d'origine.

²⁵²⁴ Cour EDH, déc., 14 décembre 2010, *Ladislav Holub c. République Tchèque*, req. n°24880/05.

²⁵²⁵ Cour EDH, 3 avril 2012, *Liga Portuguesa De Futebol Profissional c. Portugal*, req. n°49639/09, § 48.

²⁵²⁶ Rapport explicatif du protocole n°15 portant amendement à la Convention européenne des droits de l'homme, § 23.

²⁵²⁷ L'article 7 du protocole n°15 à la Convention européenne précise que « *le présent Protocole entrera en vigueur le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de trois mois après la date à laquelle toutes les Hautes Parties contractantes à la Convention auront exprimé leur consentement à être liées par le Protocole* ».

²⁵²⁸ Voir, en ce sens, R. LETTERON, « Le préjudice important ou la régulation du trafic contentieux », *Libertés, libertés chéries*, disponible sur :

<http://libertescherries.blogspot.fr/2012/08/cour-europeenne-le-prejudice-important.html>.

B- Une innovation motivée à tort par l'argument d'une consolidation du principe de subsidiarité

684. Si l'introduction d'une telle condition de recevabilité – bien qu'insuffisante²⁵²⁹ – contribue certainement au désengorgement du prétoire strasbourgeois, il nous semble toutefois qu'elle est indexée, à tort, sur l'argument d'un renforcement du caractère subsidiaire du système européen. En effet et contrairement à ce qu'affirme la déclaration d'Izmir, l'exigence d'un préjudice important, comme condition de recevabilité des recours, ne permet pas de « *donner un effet concret au principe de subsidiarité* »²⁵³⁰. Ainsi que le souligne le Professeur Gertrude LUBBE-WOLFF, habiliter la Cour « *à déclarer irrecevable toute requête essentiellement la même qu'une affaire déjà examinée par un tribunal interne ayant appliqué les droits garantis par la Convention et ses protocoles, sauf si celui-ci a commis une erreur manifeste dans l'interprétation ou l'application des droits conventionnels ou si la requête soulève une question grave relative à l'interprétation ou l'application de la Convention* »²⁵³¹ n'est pas « *utile au renforcement de la subsidiarité substantielle* »²⁵³². Dans le même sens, le Professeur Emmanuel DECAUX explique que « *la référence au principe de subsidiarité n'est pas [...] convaincante [...] si on rappelle que, le plus souvent, c'est le juge interne qui est défaillant* »²⁵³³.

685. Au contraire, l'introduction d'un tel critère contribuerait donc – à notre sens – à saper l'essence même de la subsidiarité qui n'implique pas seulement une lecture « négative », selon laquelle la Cour ne doit pas empiéter sur le rôle prioritaire des juridictions nationales mais également une lecture « positive », selon laquelle la Cour doit également pallier les insuffisances des autorités nationales. En effet, si la Cour n'identifie pas de préjudice important dans l'affaire, celle-ci ne pourra plus être ni examinée devant elle, ni en droit interne. En d'autres termes, l'application d'un tel critère ne suppose pas un transfert du

²⁵²⁹ Voir, par exemple, Déclaration d'Izmir, Conférence à haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, 27 avril 2011, à Izmir (Turquie), § 4 : La Conférence « *invite le Comité des Ministres à initier des travaux pour réfléchir aux moyens possibles de rendre les critères de recevabilité plus efficaces et déterminer s'il serait opportun d'introduire de nouveaux critères en vue de renforcer l'efficacité du mécanisme de la Convention* ».

²⁵³⁰ Déclaration d'Izmir, Conférence à haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, 27 avril 2011, à Izmir (Turquie), § 4.

²⁵³¹ G. LUBBE-WOLFF, « Comment la Cour européenne des droits de l'homme peut-elle renforcer le rôle des juridictions nationales dans le système de la Convention ? », in *Séminaire Dialogue entre juges, Comment assurer une plus grande implication des juridictions nationales dans le système de la Convention ?*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2012, p. 16.

²⁵³² *Ibid.*, p. 17.

²⁵³³ E. DECAUX, « L'entrée en vigueur du Protocole n°14 de la Convention EDH. Too late and too little... », *JCP G.*, 2010, n°23, 616.

contentieux en droit interne – tel que le préconise normalement le principe de subsidiarité – mais un abandon de celui-ci. Cette opinion se voit qui plus est confortée par la prochaine suppression de la deuxième clause de sauvegarde concernant l'exigence d'un « dû examen en droit interne » qui permettait de garantir qu'un traitement effectif de la requête en droit interne ait bien eu lieu et reflétait donc, selon les termes mêmes de la Cour, le principe de subsidiarité²⁵³⁴. Si le juge de Strasbourg a souvent outrepassé les limites de son contrôle *via* une instrumentalisation du principe de subsidiarité²⁵³⁵, il ne s'agirait toutefois pas, désormais, de légitimer l'irrecevabilité d'affaires ayant fait l'objet d'un déni de justice en droit interne et de dévier, ainsi, vers un contrôle de moins en moins respectueux d'une protection effective des droits de l'homme en Europe.

686. En effet, parce que cette nouvelle condition de recevabilité conduit à écarter des affaires qui, auparavant, auraient fait l'objet d'un examen européen²⁵³⁶ et ce, sous prétexte que le préjudice subi – donc préjudice il y a ! – n'est pas suffisamment important, elle invite la Cour à progressivement abandonner les affaires où le préjudice – et peut être même la violation – sont de moindre importance. Ainsi que le souligne le Professeur David SZYMCZAK, le risque est donc que ce nouveau critère conduise à un « *glissement progressif dans l'office du juge, d'une prise en compte de l'importance du préjudice vers une prise en compte de l'importance de la violation* »²⁵³⁷, tel que l'atteste d'ailleurs l'exigence tenant au seuil de gravité du préjudice en cause. Cette distinction entre les diverses violations selon leur gravité, rejoint d'ailleurs la politique de priorisation adoptée par la Cour²⁵³⁸ qui confirme que, face à une asphyxie croissante du système, le choix se tourne de plus en plus vers un « délaissement » des affaires de moindre importance. Nombreux sont ceux qui considèrent donc que ce critère, tenant à l'absence de préjudice important, porte également atteinte « *à la substance même du recours individuel, en restreignant les conditions d'accès à la Cour* »²⁵³⁹.

²⁵³⁴ Voir, par exemple, Cour EDH, déc., 1^{er} juillet 2010, *Vladimir Petrovich Korolev c. Russie*, req. n°25551/05 ; *JCP G.*, 2010, n°23, 1191, obs. L. CADIET ; Cour EDH, déc., 19 octobre 2010, *Rinck c. France*, req. n°18774/09.

²⁵³⁵ Voir *supra*, Partie 2, Titre 1.

²⁵³⁶ Rapport explicatif du Protocole n°14 à la Convention européenne des droits de l'homme, amendant le système de contrôle de la Convention, § 79.

²⁵³⁷ D. SZYMCZAK, « Le préjudice important... Un critère inquiétant ? », *RTDH*, 2014, p. 557.

²⁵³⁸ Voir, *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, § 2.

²⁵³⁹ F. BENOIT ROHMER, « La requête individuelle devant la Cour européenne des droits de l'homme », *JurisClasseur Libertés*, Fasc. 330, LexisNexis, 2010. Voir également l'avis n°251(2004) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 28 avril 2004 qui souligne que cette condition est « *vague, subjective et susceptible de faire subir une injustice grave au requérant* ». Voir également, E. DECAUX, « L'entrée en vigueur du Protocole n°14 de la Convention EDH. Too late and too little... », *JCP G.*, 2010, n°23, 616, qui

En effet, le justiciable qui aura subi une violation mineure de ses droits, sans que celle-ci ne pose toutefois une question de principe au regard de l'interprétation ou de l'application de la Convention ou du droit national²⁵⁴⁰, n'aura plus accès à la justice européenne. Conditionner l'accès au prétoire strasbourgeois à l'existence d'un « préjudice important » impliquerait donc que certaines violations sont exclues de la protection des droits. Le lien étroit qu'elle établit entre préjudice important et valeur économique de celui-ci, est d'ailleurs d'autant plus dérangeant que la violation d'un droit de l'homme ne devrait pas se réduire à de simples prétentions pécuniaires. Il pourrait conduire, par ailleurs, à une rupture de l'égalité entre requérants selon que ceux-ci se trouvent dans une situation financière aisée ou non, dès lors que la Cour apprécie la notion de préjudice important en fonction de la « *situation économique* »²⁵⁴¹ du requérant. Le Professeur Jean-Pierre MARGUENAUD qualifie quant à lui ce critère de « *notion la plus contraire à l'esprit des droits de l'homme que l'on aurait pu trouver* »²⁵⁴².

687. Notons, néanmoins, que si ce nouveau critère est potentiellement liberticide et qu'il invite la Cour à limiter l'accessibilité de son prétoire, le risque d'un amoindrissement de la protection des droits reste, pour l'heure, minime et maîtrisé. La Cour tente, en effet, de respecter un juste équilibre entre « *effectivité et efficacité* »²⁵⁴³ et même si ce critère participe manifestement à renforcer sa capacité de filtrage, en l'état de la jurisprudence, la Cour semble en faire bon usage et rester fidèle à ses principes jurisprudentiels anciennement établis. Il n'en reste pas moins, toutefois, que si une nouvelle politique jurisprudentielle ou une nouvelle composition de la Cour est adoptée²⁵⁴⁴, ce nouveau critère présente toutes les potentialités nécessaires pour favoriser un recul de la protection des droits, d'autant plus qu'il est particulièrement difficile d'apprécier le bilan coût (i.e. « la moins-value » pour le requérant et

explique que ce critère « *ne prend pas garde au fait que pour la victime potentielle [...] toute affaire est importante* ».

²⁵⁴⁰ Rapport explicatif du Protocole n°14 à la Convention européenne des droits de l'homme, amendant le système de contrôle de la Convention, § 83.

²⁵⁴¹ Cour EDH, déc., 1^{er} juin 2010, *Adrian Mihai Ionescu c. Roumanie*, req. n°36659/04, § 39 ; *JCP G.*, 2010, n°30, 825, obs. K. GRABARCZYK.

²⁵⁴² J.-P. MARGUENAUD, « La soumission des mesures provisoires aux exigences du droit à un procès équitable et la dénonciation du lien de fraternité entre le juge et l'avocat de la partie adverse ou les grandes conséquences d'une affaire sans importance », *RTD Civ.*, 2010, p. 285.

²⁵⁴³ D. SZYMCZAK, « Le préjudice important... Un critère inquiétant ? », *RTDH*, 2014, p. 569.

²⁵⁴⁴ De telles évolutions peuvent être par exemple imaginées en raison d'une part, d'une montée manifeste des extrêmes dans différents pays européens, pays qui pourraient ainsi nommer des juges plus favorables à une protection des souverainetés étatiques qu'à celle d'une effectivité des droits de l'homme et en raison d'autre part, de la crise mondiale qui pourrait encourager les États, dépouillés de leurs compétences économiques et politiques, à regagner des pouvoirs sur la protection des droits de l'homme.

la protection effective de ses droits) / avantages (« la plus-value » pour la Cour et l'augmentation de sa capacité de filtrage) du critère du préjudice important²⁵⁴⁵.

688. Par conséquent, si face à un besoin urgent de réduction du flux contentieux, une réaffirmation du principe de subsidiarité – invitant à la responsabilisation des Etats et à la renationalisation des affaires – peut être une solution à envisager, la valorisation parfois excessive du principe peut également conduire à des « dérives » conventionnelles n'ayant plus vraiment de lien avec la notion même de subsidiarité. A moins, toutefois, que cette notion soit « utilisée dans un autre sens »²⁵⁴⁶ que sa signification originelle – initiatrice d'une complémentarité des systèmes²⁵⁴⁷ – et qui supposerait alors – en conséquence d'un encadrement des libertés nationales pour mieux guider les autorités internes dans la protection effective des droits – un traitement, par la Cour, des affaires les plus importantes, afin de laisser le juge national rendre la justice dans un contentieux « ordinaire » et quotidien. En d'autres termes, face à un engorgement du système européen et sur fond d'une subsidiarité reformulée, la constitutionnalisation du rôle du juge semble progressivement se confirmer.

§2- La constitutionnalisation progressivement confirmée du rôle du juge européen

689. Nombreux sont les auteurs qui s'interrogent sur la fonction constitutionnelle²⁵⁴⁸ ou « quasi-constitutionnelle »²⁵⁴⁹ de la Cour européenne qui, du fait de sa « *place de primus inter pares* »²⁵⁵⁰ au sein de la communauté européenne, est devenue avec le temps « *une sorte de Cour constitutionnelle transnationale* »²⁵⁵¹. Plusieurs éléments de convergence²⁵⁵² entre ces deux types de juridiction peuvent être, à ce titre, mentionnés. D'une part, le juge de

²⁵⁴⁵ *Ibid.*, p. 556.

²⁵⁴⁶ Intervention de Lady J. ARDEN, *La Convention vous appartient, Dialogue entre juges 2010*, Strasbourg, janvier 2010, p. 23.

²⁵⁴⁷ Voir *supra*, Partie I, Titre 2, Chapitre 1, Section 2.

²⁵⁴⁸ Voir, notamment, L. WILDHABER, « Un avenir constitutionnel pour la Cour européenne des Droits de l'Homme », *RUDH*, 2002, pp. 1-6 ; J-F. FLAUSS, « Faut-il transformer la Cour européenne des droits de l'homme en juridiction constitutionnelle ? », *Dalloz*, 2003, n°25, p. 1641.

²⁵⁴⁹ G. COHEN-JONATHAN, « La fonction quasi constitutionnelle de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU*, Dalloz, p. 1127.

²⁵⁵⁰ A. STONE SWEET, « La mise en œuvre des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : une responsabilité judiciaire partagée ? », *Dialogue entre juges*, 2014, Editions du Conseil de l'Europe, p. 26.

²⁵⁵¹ *Ibid.*

²⁵⁵² Pour plus de détails concernant les convergences et divergences entre la Cour européenne et un juge constitutionnel, voir notamment D. SZYMCAK, *La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel national*, Bruylant, 2007, p. 638 et suiv.

Strasbourg qualifie lui-même son outil de travail d'« *instrument constitutionnel de l'ordre public européen* »²⁵⁵³, instrument qui garantit d'ailleurs les mêmes droits fondamentaux qu'une Constitution classique²⁵⁵⁴. Ainsi, puisque les questions que la Cour a à trancher concernent les droits fondamentaux des citoyens européens, elles peuvent être perçues comme de nature constitutionnelle²⁵⁵⁵. D'autre part, le juge de Strasbourg exerce globalement « *les mêmes fonctions que les juridictions constitutionnelles nationales, en utilisant des techniques semblables [...] qui aboutissent à des résultats globalement* »²⁵⁵⁶ proches. La Cour tend d'ailleurs, de plus en plus, à exercer un contrôle abstrait de conventionnalité alors même que lui incombe – en vertu du principe de subsidiarité – un contrôle seulement *in concreto* des affaires traitées²⁵⁵⁷. Mais comme le souligne Vincent BERGER – ancien jurisconsulte de la Cour – des différences entre la juridiction européenne et une Cour constitutionnelle existent également. A ce titre, il souligne que l'institution est normalement nationale, non internationale ; que le cadre est étatique alors que la Cour est l'organe d'une organisation internationale ; que le texte est une constitution ou une loi fondamentale, non un traité international. Enfin, le contrôle de constitutionnalité offre un pouvoir d'abrogation ou d'annulation des lois inconstitutionnelles, alors que le contrôle de conventionnalité de la Cour ne donne lieu qu'à des arrêts dotés d'une force déclaratoire²⁵⁵⁸.

690. Cela étant, face à un afflux massif de requêtes individuelles à Strasbourg, la réforme du système de contrôle – initié par le Protocole n°14 et confirmé par les Protocoles n°15 et 16 – a donc mis en exergue la problématique d'une redéfinition éventuelle des objectifs du système européen. En effet, la Cour, a-t-elle pour mission de protéger l'ensemble des violations potentielles des droits de l'homme ou bien, seulement, de garantir les « *intérêts les plus fondamentaux* »²⁵⁵⁹ ? Toutefois, parce que sa mission actuelle reste officiellement double – elle se doit d'une part, de trancher les litiges concrets et d'autre part, de façonner les

²⁵⁵³ Cour EDH, Gde ch., 23 mars 1995, *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires), req. n°15318/89, § 75 ; *GACEDH*, n°1.

²⁵⁵⁴ D. MAUS, « La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une Cour constitutionnelle supranationale ? », in *Liber Amicorum Michel MELCHIOR*, Liège, Strasbourg, Bruxelles : *parcours des droits de l'homme*, Limal, Anthemis, p. 478 et suiv.

²⁵⁵⁵ L. WILDHABER, « La place de la Cour européenne des Droits de l'Homme dans le paysage constitutionnel européen », *Conférence des Cours constitutionnelles européennes, XIIème Congrès*, disponible sur : <http://www.confeunconstco.org/reports/rep-xii/Rapport-CEDH-FR.pdf>.

²⁵⁵⁶ A. STONE SWEET, « La mise en œuvre des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : une responsabilité judiciaire partagée ? », *op. cit.*, p. 26.

²⁵⁵⁷ Pour des exemples ou plus de détails, voir *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, § 2, B.

²⁵⁵⁸ V. BERGER, « Les Cours constitutionnelles et la Cour européenne des droits de l'homme », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011, n°32, pp. 7-8.

²⁵⁵⁹ X-B. RUEDIN, *Exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2009, p. 354.

éléments constitutifs de l'ordre public européen *via* des arrêts de principe²⁵⁶⁰ – il ne s'agira pas, en l'espèce, de déterminer si la Cour est ou non devenue un juge constitutionnel. Il n'en reste pas moins que plusieurs réformes actuelles ou proposées²⁵⁶¹ – toutes majoritairement indexées sur un renforcement du principe de subsidiarité – tendent manifestement à l'en rapprocher.

691. Tout d'abord, l'introduction du nouveau critère de recevabilité participe incontestablement à faire évoluer la mission de la Cour vers un rôle essentiellement constitutionnel. En effet, l'exigence tenant à la présence d'un « préjudice important » offre au juge la possibilité de limiter son contrôle à des questions d'importance – que cela soit en fonction de l'enjeu de l'affaire ou de la violation en cause – et l'invite, par conséquent, à délaissier les violations potentielles mineures ne « méritant » plus d'être traitées à Strasbourg.

692. Ensuite, cette tendance à la constitutionnalisation se voit confirmée par la « politique de priorisation » mise en place par la Cour elle-même et saluée par la Déclaration de Bruxelles²⁵⁶², afin d'instaurer un nouvel ordre de traitement des requêtes selon « *l'importance et l'urgence des questions soulevées* »²⁵⁶³. En effet, l'article 41 du règlement intérieur de la Cour, tel que modifié le 29 juin 2009²⁵⁶⁴, substitue au traitement chronologique des requêtes un traitement par ordre d'importance qui, pour plus de lisibilité et d'objectivité, sera conditionné par des critères variant selon le degré de gravité de l'affaire. La Cour a ainsi

²⁵⁶⁰ G. COHEN-JONATHAN, « Réponse aux propos introductifs », in G. COHEN-JONATHAN, J-F. FLAUSS et E. LAMBERT-ABDELGAWAD (dir.), *De l'effectivité des recours internes dans l'application de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2006, p. 25.

²⁵⁶¹ Pierre-Henri TEITGEN proposait, par exemple, de doter la Cour de pouvoirs de cassation afin qu'elle puisse invalider elle-même les lois nationales jugées inconventionnelles. Le « groupe d'évaluation » envisageait, quant à lui, de transformer le juge de Strasbourg en Cour constitutionnelle afin qu'il ne se prononce que sur des questions de principe quant à l'interprétation et l'application de la Convention (Rapport du groupe d'évaluation au Comité des ministres sur la Cour européenne du 29 septembre 2001, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, cité par L-A. SICILIANOS, « L'objectif primordial du Protocole n°14 », in G. COHEN-JONATHAN et J-F. FLAUSS (dir.), *La réforme du système de contrôle contentieux de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2005, p. 69). Ces propositions ont toutefois été abandonnées, tout comme celle de donner à la Cour un nouveau pouvoir, pour ne pas avoir « à examiner en détail des requêtes ne soulevant aucune question substantielle au regard de la Convention » (Rapport du groupe de réflexion sur le renforcement du mécanisme des droits de l'homme du 27 février au 1^{er} mars 2002, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, point 3 b) (i).

²⁵⁶² Déclaration de Bruxelles, Conférence de haut niveau sur la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme, une responsabilité partagée, 27 mars 2015, A. 1. a), disponible sur : http://justice.belgium.be/fr/binaries/Declaration_FR_tcm421-265136.pdf.

²⁵⁶³ Voir le document de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Politique de priorisation, disponible sur : http://www.echr.coe.int/Documents/Priority_policy_FRA.pdf.

²⁵⁶⁴ L'article 41 du règlement intérieur de la Cour prévoit que « *pour déterminer l'ordre dans lequel les affaires doivent être traitées, la Cour tient compte de l'importance et de l'urgence dans questions soulevées, sur la base de critères définis par elle. La chambre et son président peuvent toutefois déroger à ces critères et réserver un traitement prioritaire à une requête particulière* ».

dégagé une typologie divisée en sept catégories. Les affaires les plus urgentes – dites de première catégorie et devant donc faire l'objet d'un traitement prioritaire – sont celles présentant un risque pour la vie, la santé, la situation familiale ou personnelle du requérant. Les affaires de seconde catégorie sont celles soulevant d'une part, un problème structurel ayant donc une incidence néfaste sur l'efficacité du système de la Convention ou d'autre part, une question importante d'intérêt général. Les affaires de troisième catégorie sont celles ayant *a priori* trait aux articles 2, 3, 4 et 5 § 1 de la Convention et où l'intégrité physique ou la dignité de la personne sont en jeux. Les affaires de quatrième catégorie sont celles ayant trait à tous les autres droits protégés par la Convention tandis que les affaires de cinquième catégorie – celles faisant suite à un arrêt pilote – de sixième catégorie – celles identifiées comme soulevant un problème de recevabilité – et, enfin, de septième catégorie – celles manifestement irrecevables – feront l'objet d'un traitement secondaire.

Or, trois principales conséquences nous semblent devoir être tirées d'une telle politique de traitement des requêtes. D'une part, elle conduit progressivement la Cour « *dans la voie d'une hiérarchisation des hypothèses de violation selon leur gravité et donc, in fine, à une hiérarchisation des droits, ce qui est peu satisfaisant à de nombreux égards* »²⁵⁶⁵. D'autre part, elle consolide le choix, compréhensible, de faire en sorte que la Cour puisse se concentrer sur les affaires d'une plus grande importance et légitime donc la thèse d'une constitutionnalisation progressive du rôle du juge européen. Enfin, cette priorisation des requêtes confirme – à notre sens – la volonté cardinale de renationaliser le contentieux européen de moindre importance. En effet, si le but avoué est « *de faire en sorte que les affaires les plus graves ou les affaires révélant l'existence de problèmes à grande échelle de nature à générer un grand nombre de requêtes supplémentaires, soient traitées plus rapidement* »²⁵⁶⁶, il nous semble que, de manière incidente, un tel traitement des requêtes suggère que les affaires de faibles catégories – V, VI et VII notamment – devraient être traitées en droit interne. C'est très certainement ce que sous-entend d'ailleurs le Professeur Gérard GONZALEZ, lorsqu'il met en doute la « *pertinence des critères de cette politique de priorisation, sauf à considérer que se débarrasser des requêtes irrecevables est une*

²⁵⁶⁵ N. HERVIEU, *Politique de priorisation de la Cour*, Lettre d'actualité droits-libertés du CREDOF, 9 novembre 2010.

²⁵⁶⁶ Document sur « la politique de priorisation de la Cour », publié par la Cour elle-même et consultable sur : http://www.echr.coe.int/Documents/Priority_policy_FRA.pdf.

priorité »²⁵⁶⁷. D'une certaine manière, lorsque la Cour affirme que cette pratique vise à faire face à l'afflux massif des requêtes qui lui sont transmises, d'où son choix de traiter les affaires soulevant un problème endémique ou à grande échelle (catégorie II) dans les plus brefs délais, cela permet certes de garantir une meilleure efficacité du système mais également de renvoyer le traitement du contentieux (répétitif en l'espèce) en droit interne et donc de favoriser sa renationalisation.

693. Enfin, à cette nouvelle politique de traitement des requêtes s'ajoute une procédure d'avis consultatif, nouvelle traduction du principe de subsidiarité²⁵⁶⁸ dans le Protocole n° 16. Ce mécanisme – par lequel la Cour aide les Etats membres à remplir leur rôle prioritaire de protecteur des droits de l'homme et s'inscrivant donc, en ce sens, « *au service du principe de subsidiarité* »²⁵⁶⁹ – va confirmer la constitutionnalisation progressive du rôle du juge européen²⁵⁷⁰, ainsi que l'indique d'ailleurs le rapport explicatif dudit protocole²⁵⁷¹. En effet, « *le Protocole 16 transforme la mission de la Cour, en lui confiant le soin [...] de se prononcer exclusivement en droit et de donner une solution de principe à une question grave d'interprétation ou d'application de la Convention* »²⁵⁷².

694. Cette constitutionnalisation de l'office du juge confirme, par ailleurs, la volonté de faire de la subsidiarité-encadrée, un principe au service d'une renationalisation urgente du contentieux européen. C'est en effet aux autorités nationales – puisque désormais responsabilisées – qu'il revient de veiller effectivement au respect des droits fondamentaux et donc de solutionner les litiges concrets d'application de la Convention ; la mission de la Cour étant, à l'inverse, de « *trancher des questions, pour des motifs d'ordre public, dans l'intérêt*

²⁵⁶⁷ G. GONZALEZ, « Un “ grand cru classé ”. A propos du rapport 2012 de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G.*, 2013, n°8, 197.

²⁵⁶⁸ Voir, en ce sens, l'alinéa 3 du Préambule du Protocole n°16 : « *Considérant que l'extension de la compétence de la Cour pour donner des avis consultatifs renforcera l'interaction entre la Cour et les autorités nationales, et consolidera ainsi la mise en œuvre de la Convention, conformément au principe de subsidiarité* » (souligné par nous).

²⁵⁶⁹ D. SZYMCAK, « Convention européenne des droits de l'homme et questions préjudicielles », *AJDA*, 2015, p. 268.

²⁵⁷⁰ F. SUDRE, « La subsidiarité, “ nouvelle frontière ” de la Cour EDH. A propos des protocoles 15 et 16 à la Convention », *JCP G.*, 2013, n°42, p. 1916. L'auteur y explique qu'une telle procédure d'avis consultatif « *amorce une réorientation du système de contrôle de la Convention [...] en accentuant le rôle “ constitutionnel ” de la Cour* ».

²⁵⁷¹ Rapport explicatif du protocole n°16 à la Convention européenne des droits de l'homme, § 1. De telles demandes d'avis contribueront « *à renforcer le rôle “ constitutionnel ” de la Cour* ».

²⁵⁷² F. SUDRE, « La subsidiarité, “ nouvelle frontière ” de la Cour EDH. A propos des protocoles 15 et 16 à la Convention », *op. cit.*.

général »²⁵⁷³ pour ainsi « *se départir d'une approche casuistique du contentieux* »²⁵⁷⁴. Parce que la subsidiarité implique un minimum de confiance dans la justice nationale, le juge strasbourgeois n'a donc pour rôle que de dire le droit et implique, réciproquement, que « rendre la justice » soit du ressort des juridictions nationales²⁵⁷⁵.

695. Mais si cette « *subsidiarisation croissante de l'office de la Cour* »²⁵⁷⁶ accentue sa fonction régulatrice, se pose également « *un conflit entre intérêt général et redressement pour l'individu* »²⁵⁷⁷. En effet, au travers d'une constitutionnalisation du rôle du juge et, incidemment, d'une réduction de la recevabilité des affaires, la place de l'individu va être nécessairement reléguée au second plan. Toutefois, si le recours individuel n'est pas limité par des critères de recevabilité plus stricts, il le sera de toute manière au regard de l'impossibilité matérielle de traiter l'ensemble des requêtes dans un délai qui se veut raisonnable²⁵⁷⁸. Ainsi, comme l'explique l'ancien juge et fervent défenseur d'une transformation nécessaire de la Cour européenne en Cour constitutionnelle²⁵⁷⁹ – Lucius WILDHABER – « *la place du remède pour l'individu, tout important qu'il soit et en particulier pour les violations les plus graves, est secondaire par rapport au but premier qui est d'élever le niveau général de la protection des droits de l'homme* »²⁵⁸⁰.

696. S'il n'en reste pas moins, selon nous, que du point de vue de la protection individuelle mais aussi de la garantie d'une protection effective des droits conventionnels, cette transformation de la nature du mécanisme de contrôle n'est pas totalement satisfaisante, elle contribue néanmoins à confier, d'une part, le contrôle de conventionnalité aux juges nationaux et permet, d'autre part, que la Cour se concentre sur les seules décisions de principe

²⁵⁷³ L. WILDHABER, « La place de la Cour européenne des Droits de l'Homme dans le paysage constitutionnel européen », *op. cit.*, p. 5.

²⁵⁷⁴ J-F. FLAUSS, « Faut-il transformer la Cour européenne des droits de l'homme en juridiction constitutionnelle ? », *Dalloz*, 2003, p. 1638 et suiv.

²⁵⁷⁵ B. GENEVOIS, « Cour européenne des droits de l'homme et juge national : dialogue et dernier mot », in *La conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA*, Dalloz, 2011, p. 290 : le principe de subsidiarité « doit conduire à ce que la Cour soit appelée à dire le droit sans avoir elle-même à rendre dans chaque cas la justice ».

²⁵⁷⁶ J-F. FLAUSS, « Faut-il transformer la Cour européenne des droits de l'homme en juridiction constitutionnelle ? », *op. cit.*, p. 1639.

²⁵⁷⁷ L. WILDHABER, « La place de la Cour européenne des Droits de l'Homme dans le paysage constitutionnel européen », *op. cit.*, p. 5.

²⁵⁷⁸ *Ibid.*, p. 8.

²⁵⁷⁹ Voir, également, G. COHEN-JONATHAN, « Réponse aux propos introductifs », in G. COHEN-JONATHAN, J-F. FLAUSS et E. LAMBERT-ABDELGAWAD (dir.), *De l'effectivité des recours internes dans l'application de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2006, p. 25 et suiv. qui est également favorable à la constitutionnalisation du rôle de la Cour.

²⁵⁸⁰ L. WILDHABER, « La place de la Cour européenne des Droits de l'Homme dans le paysage constitutionnel européen », *op. cit.*, p. 5.

essentielles à la définition d'un standard européen commun. Elle confirme, en tous les cas, que le principe de subsidiarité – parce que désormais source d'un encadrement des libertés nationales et d'une responsabilisation des Etats membres dans la protection effective des droits – devient un outil essentiel au service d'une renationalisation du contentieux strasbourgeois.

*
* *

697. Sous couvert d'une subsidiarité reformulée – source d'une responsabilisation des Etats membres – et face au besoin urgent de désengorgement du prétoire strasbourgeois, les évolutions politiques et jurisprudentielles empruntent, tout d'abord, la voie d'un renforcement général – mais néanmoins mitigé – de la capacité de filtrage de la Cour. Mitigé car l'introduction du nouveau critère de recevabilité – bien que motivé dans la perspective d'une réaffirmation de la subsidiarité – ne semble visiblement pas conforme à ce principe. En effet, le caractère subsidiaire du système européen implique que le contrôle de la Cour soit « *un dispositif de sécurité, conçu pour rattraper les questions qui échappent à l'examen rigoureux des organes nationaux* »²⁵⁸¹ mais ne justifie pas que certaines questions – certes les plus mineures ou de faible importance – soient ignorées et ce, d'autant plus si l'ordre interne est à ce titre défaillant. Dotée d'une double dimension – positive et négative – la subsidiarité invite, en effet la Cour à faire preuve de retenue et à n'intervenir qu'à titre secondaire vis-à-vis des autorités nationales, lorsque celles-ci sont à même de répondre aux besoins de leur société. Mais elle lui impose également une obligation d'intervention afin de pallier les carences des autorités nationales. Aussi, si dans un objectif de renforcement de la capacité de filtrage de la Cour et donc de réduction du contentieux strasbourgeois, un tel critère peut trouver justification, il ne nous semble toutefois pas qu'il participe à une consolidation du principe même de subsidiarité. Il confirme, néanmoins, l'évolution du système de contrôle vers la constitutionnalisation progressive de l'office du juge. Avalisé notamment par l'adoption d'une procédure d'avis consultatif, ce rôle constitutionnel peut toutefois se justifier à l'aune d'une subsidiarité reformulée qui, désormais énonciatrice de contraintes étatiques et source d'une responsabilisation accrue des Etats membres, tend à favoriser un traitement des requêtes en droit interne. En effet, parce qu'en encadrant leur liberté d'appréciation et d'interprétation de

²⁵⁸¹ *Ibid.*, p. 2.

la Convention et en les contraignant à juger dans un sens défini par la Cour²⁵⁸², la subsidiarité-encadrée pourrait impliquer un « délaissement » de certaines affaires aux États membres désormais aptes à exercer pleinement leur rôle prioritaire de protecteur des droits de l'homme. Face au besoin prégnant d'une renationalisation du contentieux, les évolutions du système conventionnel empruntent également la voie d'un renforcement de l'autorité des arrêts européens.

SECTION 2 : UN RENFORCEMENT SALUTAIRE DE L'AUTORITÉ DES ARRÊTS DE LA COUR

698. A la lecture de l'article 46 § 1 de la Convention, les arrêts définitifs de la Cour européenne ne produisent des effets juridiques contraignants qu'à l'égard des parties au litige et ne sont donc revêtus que d'une autorité relative de la chose jugée. Pourtant, face à l'urgence d'un désengorgement du prétoire strasbourgeois, la jurisprudence européenne – corroborée par les diverses conférences sur l'avenir de la Cour – affirme désormais que l'autorité des arrêts européens « *déborde largement leur stricte portée juridique* »²⁵⁸³ pour progressivement se doter d'une autorité jurisprudentielle ou interprétative. Or, ce renforcement de l'autorité des arrêts, ou plus généralement, de la jurisprudence de la Cour – initié par le juge de Strasbourg et confirmé par les réformes européennes en cours – participe indirectement à l'épuration d'un éventuel contentieux européen découlant d'une mauvaise réception des règles jurisprudentielles en droit interne. En effet, contraindre les États à la prise en compte de la jurisprudence européenne permet de garantir une meilleure application des garanties conventionnelles en droit interne et ainsi, d'évacuer préventivement de futures violations. Par ailleurs, « *la complémentarité entre le juge national et son homologue international dans l'application de la Convention justifi[e], en tout cas, de renforcer les effets des arrêts de la Cour européenne* »²⁵⁸⁴.

²⁵⁸² Voir *supra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

²⁵⁸³ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 12^{ème} édition, 2015, p. 395.

²⁵⁸⁴ J. CALLEWAERT, « La justification du principe de subsidiarité et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in F. DELPEREE (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruylant, 2002, p. 352.

699. Cette autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour – bien que justifiée dans le sens d'un renforcement du principe de subsidiarité – s'est, à notre avis, imposée aux Etats membres en contrariété avec celui-ci, puisque la Cour a autoritairement soumis les Etats à des interprétations délivrées par elle, encadrant par conséquent leurs libertés d'appréciation et dépassant la lettre même de la Convention. Toutefois, ce renforcement de l'autorité des arrêts de la Cour n'en reste pas moins salubre au fonctionnement du système européen. En effet, loin d'abandonner la protection des droits de l'homme aux autorités nationales – à l'exemple d'un renforcement ambivalent de la capacité de filtrage de la Cour²⁵⁸⁵ – ce renforcement les guide, d'une part, sur la voie d'une protection effective des garanties telles qu'interprétées par le juge européen et participe, d'autre part, au désengorgement du système, en renforçant le rôle d'acteur prioritaire des Etats membres. Et parce que les autorités nationales vont progressivement accepter d'appliquer les règles jurisprudentielles dégagées par la Cour et se mettre plus rapidement en pleine conformité avec les exigences strasbourgeoises, la jurisprudence européenne va alors peu à peu bénéficier d'une adhésion « spontanée » – sinon « imposée » – des Etats membres. C'est pourquoi certains auteurs considèrent que « *cette autorité de la chose interprétée va incontestablement faciliter la mise en œuvre du principe de subsidiarité* »²⁵⁸⁶, néanmoins entendu – selon nous – au sens d'une subsidiarité désormais encadrée.

700. La subsidiarité suppose, en effet, une « *coopération spontanée entre le niveau européen [...] et le niveau national* »²⁵⁸⁷, et tout l'enjeu d'un renforcement de l'autorité des arrêts strasbourgeois réside donc « *dans la capacité de la Cour européenne à construire une véritable jurisprudence* »²⁵⁸⁸, apte à favoriser l'adhésion naturelle des Etats membres. Ainsi, l'interprétation extensive de l'autorité des arrêts de la Cour évoluant, tout d'abord, vers l'affirmation d'une autorité jurisprudentielle de ces arrêts (§. 1) puis, ensuite, vers la réception progressive des règles jurisprudentielles en droit interne (§. 2), « *reposera [pour l'essentiel] sur la qualité du dialogue qu'elle entretient avec [les juridictions nationales]* »²⁵⁸⁹.

²⁵⁸⁵ Voir *supra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

²⁵⁸⁶ J-P. COSTA, « Intervention introductive » devant le Conseil d'Etat, lors de la conférence sur *Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme*, Paris, le 19 avril 2010.

²⁵⁸⁷ K. LENAERTS, « Les rapports entre juridictions suprêmes dans l'ordre juridique institué par la CEDH », *CDE*, 1983, p. 195.

²⁵⁸⁸ F. SUDRE, « Garantir l'autorité et l'efficacité de la Convention européenne des Droits de l'Homme », *Document de travail AS/Jur (2008) 08 de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme* du 21 février 2008.

²⁵⁸⁹ Intervention de J-M. SAUVE, « La subsidiarité : une médaille à deux faces ? », *Séminaire organisé par la Cour européenne des droits de l'homme*, le vendredi 30 janvier 2015 à Strasbourg, p. 6 et suiv., disponible sur :

§1- Une interprétation extensive de l'autorité des arrêts de la Cour

701. Par « autorité des arrêts de la Cour », doit être distinguée, d'une part, l'autorité *inter partes* de l'arrêt (ou autorité de la chose jugée) imposée par la Convention et découlant de l'obligation conventionnelle d'exécution des décisions définitives et, d'autre part, l'autorité de la chose interprétée (ou autorité jurisprudentielle des arrêts européens) dégagée par la Cour elle-même. Toutefois, parce que la solution adoptée par le juge doit être en accord avec la jurisprudence européenne et s'intégrer dans un ensemble cohérent et prévisible, il conviendra davantage de parler d'une autorité persuasive de la jurisprudence de la Cour²⁵⁹⁰. En effet, « *non contraignante et non absolue comme peut l'être l'autorité de chose jugée, [l'autorité de la chose interprétée] va s'avérer dépendante de la capacité de l'exposé des motifs strasbourgeois à faire accepter et adhérer les autorités nationales à l'opportunité qu'il y a à suivre de manières spontanée et anticipée les règles jurisprudentielles énoncées* »²⁵⁹¹ par la Cour. Cela étant, parce que les autorités nationales n'ont alors d'autres choix que de se conformer à l'interprétation délivrée par elle, au risque de se voir condamner à Strasbourg, « *l'autorité de la chose interprétée par la Cour européenne acquiert une force juridique et un degré d'obligatorité certain* »²⁵⁹². Le juge strasbourgeois n'hésite donc plus à imposer une « *obligation pour le juge national d'assurer [...] le plein effet des normes de la Convention, telles qu'interprétées par la Cour* »²⁵⁹³. Or, une telle obligation se justifie, selon le juge européen, dans la mesure où l'exigence tenant à l'adoption de mesures générales, « *implique pour l'Etat l'obligation de prévenir, avec diligence, de nouvelles violations semblables à celles constatées dans les arrêts de la Cour* »²⁵⁹⁴, juge qui dote donc, ses propres arrêts, d'une autorité *erga omnes*. Si le renforcement de l'autorité des arrêts de la Cour, par l'affirmation d'une autorité de la chose interprétée, est aujourd'hui incontestable (B), cette affirmation n'en reste pas moins discutable dans la mesure où elle va à l'encontre de la limite textuelle de l'article 46 § 1 de la Convention selon lequel les arrêts européens ne sont dotés que d'une simple autorité de la chose jugée (A).

http://echr.coe.int/Documents/Speech_20150130_Seminar_JMSauv%C3%A9_2015.pdf.

²⁵⁹⁰ Voir notamment, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français*, LGDJ, 1998, p. 161 et suiv.

²⁵⁹¹ A. SCHAHMANECHE, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, Pedone, 2014, p. 332.

²⁵⁹² *Ibid.*, p. 339.

²⁵⁹³ Cour EDH, Gde ch., 7 février 2013, *Fabris c. France*, req. n°16574/08, § 72 ; *AJDA*, 2013, n°31, pp. 1795-1797, chron. L. BURGORGUE-LARSEN.

²⁵⁹⁴ *Ibid.*

A- L'affirmation textuelle d'une autorité de la chose jugée

702. La notion d'autorité de la chose jugée, définie comme « *l'ensemble des effets attachés à la décision juridictionnelle* »²⁵⁹⁵ définitive, n'est autre que le fondement de l'obligation d'exécution des arrêts de la Cour²⁵⁹⁶. Elle découle ainsi de l'article 46 § 1 de la Convention, selon lequel « *les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties* »²⁵⁹⁷. Par conséquent, les décisions de la Cour sont dotées, d'une part, d'une force obligatoire imposant aux Etats contractants de se conformer aux arrêts définitifs de la Cour de Strasbourg et, d'autre part, d'une autorité relative de la chose jugée (1). Premier pas vers l'affirmation d'une autorité jurisprudentielle des arrêts européens, la Cour de Strasbourg va tout d'abord dépasser ce caractère relatif des arrêts européens (2).

1- L'énonciation formelle d'une autorité relative de la chose jugée

703. Cette autorité de la chose jugée est en effet relative, dans la mesure où l'obligation de se conformer aux arrêts de la Cour est elle-même doublement limitée.

D'une part, l'article 46 § 1 de la Convention prévoit que seules les parties au litige doivent se conformer à la décision juridictionnelle. Cette limite *ratione personae* définit strictement l'étendue de cette autorité, les décisions européennes n'ayant donc qu'une portée « *inter partes* », entre les seules parties au litige. Ainsi, l'Etat défendeur et le requérant en cause sont juridiquement les seuls destinataires de la décision juridictionnelle et les seuls sur lesquels pèse l'obligation de se conformer aux arrêts de la Cour. Elle confirme très tôt d'ailleurs, dans son arrêt *Lawless contre Irlande* notamment, que « *seules les Hautes Parties Contractantes qui sont "parties au litige" sont liées par les décisions de la Cour* »²⁵⁹⁸. Ainsi, l'article 46 § 1 apparaît comme une transcription, en droit européen, du principe de la relativité de la chose jugée selon lequel les décisions juridictionnelles ne s'imposent qu'aux parties que le juge a pu entendre²⁵⁹⁹.

²⁵⁹⁵ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 10^{ème} édition, 2014.

²⁵⁹⁶ Pour une analyse approfondie de la notion d'autorité de la chose jugée, voir notamment J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français*, LGDJ, 1998, p. 11 et suiv.

²⁵⁹⁷ Article 46 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

²⁵⁹⁸ Cour EDH, 14 novembre 1960, *Lawless c. Irlande* (n°1), req. n°332/57.

²⁵⁹⁹ J. VINCENT et S. GUINCHARD, « Procédure civile », *Dalloz*, 1987, p. 118 et suiv.

D'autre part, l'autorité des arrêts européens est relative car limitée au seul cas d'espèce. En effet, la solution juridictionnelle ne vaut que pour le cas concrètement soumis et tranché par la Cour, conformément d'ailleurs à l'article 1351 du Code civil, qui dispose que « *l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement* »²⁶⁰⁰. Le caractère relatif de l'autorité des arrêts se voit, par ailleurs, corroboré par l'approche normalement casuistique du contrôle du juge strasbourgeois, qui refuse d'examiner *in abstracto* une loi n'ayant pas directement été appliquée à l'individu-requérant. La relativité de cette autorité a toutefois été rapidement dépassée par le juge européen.

2- Le dépassement prétorien du caractère relatif de l'autorité juridictionnelle

704. Bien que la mission de la Cour consiste à statuer *in concreto* et que la Convention impose une simple autorité relative de la chose jugée, la pratique du juge européen révèle une volonté de ne pas limiter la portée de ses arrêts au seul cas tranché. L'arrêt de la Cour va certes concerner le requérant préjudicié mais aussi toutes les autres personnes placées dans une situation identique, ainsi que le confirment les célèbres affaires Marckx²⁶⁰¹ et Vermeire contre Belgique²⁶⁰².

En effet, à la suite de l'arrêt Marckx où la Cour avait considéré comme discriminatoire la distinction faite, en matière successorale, entre des enfants légitimes et naturels, les autorités judiciaires belges avaient, néanmoins, poursuivi l'application de la loi nationale condamnée, le législateur ayant tardé à intervenir. Onze ans plus tard, dans l'affaire Vermeire concernant des faits similaires, la Cour condamne donc à nouveau la Belgique pour ne pas avoir modifié immédiatement sa législation nationale. Le juge constate, en effet, qu'« *on ne discerne pas ce qui pouvait empêcher la cour d'appel, puis la Cour de cassation de se conformer aux conclusions de l'arrêt Marckx* »²⁶⁰³. Puisque « *ce constat concernait des faits si proches de ceux de la présente espèce, [l'arrêt Marckx] vaut également pour la succession litigieuse, ouverte après son prononcé* »²⁶⁰⁴. Dans l'affaire Marckx, la Cour avait d'ailleurs indiqué que « *sa décision produira-t-elle fatalement des effets débordant les limites du cas*

²⁶⁰⁰ Voir l'article 1351 du Code civil, créé par la Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804.

²⁶⁰¹ Cour EDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. n°6833/74, série A n°31 ; *GACEDH*, n°51.

²⁶⁰² Cour EDH, 29 novembre 1991, *Vermeire c. Belgique*, req. n°12849/87 ; *RTDH*, 1992, n°10, pp. 215-225, comm. F. RIGAUX.

²⁶⁰³ *Ibid.*, § 25.

²⁶⁰⁴ *Ibid.*, § 25.

d'espèce »²⁶⁰⁵ ! Ainsi, dans la mesure où la jurisprudence antérieure n'était ni imprécise ni incomplète, les autorités judiciaires belges auraient dû prendre en considération la condamnation retenue dans la décision Marckx et exclure l'application d'une telle législation de ce fait inconstitutionnelle.

Dans l'affaire Vermeire, le juge européen apporte donc deux précisions importantes. D'une part, le juge indique implicitement que ses arrêts déploient un effet *erga omnes* – pas seulement entre les parties au litige – et nécessitent donc l'adoption de mesures générales. D'autre part, l'obligation de se conformer aux arrêts définitifs s'impose à toutes les autorités – pas seulement législatives – d'un Etat condamné. La Cour a notamment confirmé ce renforcement de l'autorité de la chose jugée dans une affaire Greens et M.T contre Royaume-Uni²⁶⁰⁶ où elle condamne à nouveau le Royaume-Uni pour ne pas s'être conformé à l'arrêt de condamnation Hirst²⁶⁰⁷, dans lequel elle avait jugé inconstitutionnelle la législation britannique concernant la privation automatique et indifférenciée du droit de vote des détenus.

705. Mais le juge de Strasbourg ira même jusqu'à sanctionner les Etats membres qui, malgré l'adoption d'une réforme visant à la mise en conformité de leur système avec la Convention, n'ont pas réagi assez rapidement – à savoir, immédiatement – afin d'éviter la répétition de violations commises dans des faits identiques. Ainsi, dans l'affaire Grant contre Royaume-Uni du 23 mai 2006²⁶⁰⁸ par exemple, la Cour constate qu'une loi sur la reconnaissance de l'identité sexuelle a bien été adoptée en 2004 en conséquence de l'arrêt de condamnation Goodwin contre Royaume-Uni du 11 juillet 2002²⁶⁰⁹, mais que celle-ci – puisque non encore entrée en vigueur au moment de la procédure en droit interne – n'a toutefois pu bénéficier au requérant. De ce fait, elle affirme qu'« *à partir de la date du prononcé dudit arrêt [Goodwin], rien ne justifiait plus l'absence de reconnaissance de la conversion sexuelle des transsexuels opérés* »²⁶¹⁰ et conclut, malgré la conformité au moment du prononcé de l'arrêt du système législatif britannique, à la violation de l'article 8 de la Convention. Elle procèdera à l'identique dans un arrêt Fabris contre France du 7 février

²⁶⁰⁵ Cour EDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, *op. cit.*, § 58.

²⁶⁰⁶ Cour EDH, 23 novembre 2010, *Greens et M.T c. Royaume-Uni*, req. n°60041/08 et al. ; *JDI*, 2011, n°4, pp. 1378-1380, note X. SOUVIGNET.

²⁶⁰⁷ Cour EDH, Gde ch., 6 octobre 2005, *Hirst c. Royaume-Uni (N°2)*, req. n°74025/01, Rec. 2005-IX, § 79 ; *JDI*, 2006, n°3, pp. 1169-1171, note M. EUDES.

²⁶⁰⁸ Cour EDH, 23 mai 2006, *Grant c. Royaume-Uni*, req. n°32570/03.

²⁶⁰⁹ Cour EDH, Gde ch., 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, req. n°28957/95, Rec. 2002-VI ; *GACEDH*, n°49.

²⁶¹⁰ Cour EDH, 23 mai 2006, *Grant c. Royaume-Uni*, req. n°32570/03, § 41.

2013²⁶¹¹, intervenu à la suite de l'arrêt de condamnation Mazurek contre France du 1^{er} février 2000²⁶¹² et portant sur la question des discriminations en matière successorale. Là encore et bien que le dispositif législatif ait été modifié – un an plus tard – par la loi du 3 décembre 2001²⁶¹³, cette évolution n'a pu bénéficier au requérant dans le cadre de la procédure nationale. La Cour sanctionne donc, de nouveau, le comportement passif des juridictions nationales françaises.

706. A l'aune de ces divers éléments, deux constats s'imposent donc. D'une part, les arrêts européens jouissent d'une applicabilité visiblement immédiate – puisque les solutions de la Cour doivent immédiatement bénéficier aux affaires en cours – et nécessitent une réactivité de la part de l'ensemble des autorités nationales, qu'elles soient législatives, exécutives et judiciaires. D'autre part, la Cour ne limite pas l'autorité de ses arrêts au seul cas d'espèce soumis à son contrôle mais s'applique à l'ensemble des affaires similaires, ce qui confirme que l'Etat a bien l'obligation d'adopter des mesures générales afin de mettre son système en conformité avec la Convention, dans les plus brefs délais.

707. Si le renforcement, par la Cour, de l'autorité de ses propres arrêts a tout d'abord pris la forme d'un dépassement de l'autorité relative de la chose jugée, il se poursuit ensuite sur la voie d'une affirmation de l'autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour. En effet, le juge européen, corroboré par les différentes déclarations sur l'avenir de la Cour, a progressivement imposé aux Etats la reconnaissance d'une autorité dite de la chose interprétée.

B- L'affirmation jurisprudentielle d'une autorité de la chose interprétée

708. La notion – doctrinale²⁶¹⁴ – d'« *autorité de la chose interprétée* » ou d'autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour désigne traditionnellement « *l'autorité propre de la*

²⁶¹¹ Cour EDH, Gde ch., 7 février 2013, *Fabris c. France*, req. n°16574/08 ; *AJDA*, 2013, n°31, pp. 1795-1797, chron. L. BURGORGUE-LARSEN.

²⁶¹² Cour EDH, 1 février 2000, *Mazurek c. France*, req. n°34406/97, Rec. 2000-II ; *GACEDH*, n°54 ; *RTD Civ.*, 2000, n°2, pp. 289-314, note J. HAUSER.

²⁶¹³ Voir la loi n°2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral.

²⁶¹⁴ Notion pour la première fois mentionnée en droit de l'Union européenne par J. BOULOUIS, « A propos de la fonction normative de la jurisprudence. Remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la CJCE », in *Mélanges*

jurisprudence de la Cour en tant que celle-ci interprète les dispositions de la Convention »²⁶¹⁵. A l'aune de l'article 32 de la Convention, le juge européen est en effet l'interprète naturel du traité conventionnel et donc le seul à même de fournir une interprétation valide et authentique des normes européennes souvent marquées d'imprécisions. En effet, cette interprétation légitime du juge européen participe d'une part, à clarifier les dispositions de la Convention et – parce qu'elle permet une appréciation et interprétation homogènes des droits conventionnels sur l'ensemble du territoire européen – contribue d'autre part, à confirmer le principe d'une protection effective des droits. Par conséquent, puisque l'acte d'interprétation d'un texte juridique est inévitable et parce qu'en imposant aux Etats de respecter l'autorité interprétative des arrêts, la Cour ne fait que remplir son office, l'intégration de cette interprétation européenne – dans le cadre de l'application des normes conventionnelles en droit interne – apparaît nécessaire, au risque d'une application potentiellement contraire à cette interprétation légitime²⁶¹⁶.

709. De longue date, la Cour de Strasbourg affirme, d'ailleurs, que « *ses arrêts servent, non seulement à trancher les cas dont elle est saisie, mais plus largement à clarifier et développer les normes de la Convention, et à contribuer de la sorte au respect par les Etats, des engagements qu'ils ont assumés en leur qualité de Parties contractantes* »²⁶¹⁷. Ainsi, elle confère à sa jurisprudence une portée implicitement contraignante à l'égard de l'ensemble des Etats parties à la Convention (1) et confirme, là encore, que l'encadrement des libertés nationales est désormais perçu comme la clé d'une renationalisation urgente du contentieux (2).

1- La portée contraignante de la jurisprudence européenne

710. L'affirmation d'une autorité de la chose interprétée suppose, en effet, de reconnaître une portée contraignante aux règles jurisprudentielles dégagées par le juge

Marcel WALINE. *Le juge et le droit public*, LGDJ, 1974, tome 1, p. 149, puis transposée en droit européen par J. VELU et R. ERGEC dans *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1990, p. 1078.

²⁶¹⁵ J. VELU et R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2014, 2^{ème} édition, p. 1142.

²⁶¹⁶ En effet, il est des affaires qui appellent à « *l'interprétation de la Convention elle-même et [traduisant] des questions de pur droit* » où les autorités nationales ne peuvent être mieux placées que le juge européen, seul interprète authentique de la Convention (S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme, Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, 2001, p. 501).

²⁶¹⁷ Cour EDH, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, req. n°5310/71, série A n°25, § 154 ; *JDI*, 1980, p. 449, obs. P. ROLLAND.

européen et plus largement, à la jurisprudence européenne dans son ensemble. Elle implique également que les arrêts définitifs de la Cour s'adressent, non pas seulement aux Etats parties au litige, mais à tous les Etats parties à la Convention. En effet, reconnaître une telle autorité aux arrêts strasbourgeois reviendrait à pénaliser les Etats membres n'ayant pas pris en compte une jurisprudence antérieure, bien que ne les concernant pas expressément.

711. L'une des premières manifestations de l'autorité de la chose interprétée est à relever dans la jurisprudence elle-même, dans la célèbre affaire *Modinos contre Chypre*²⁶¹⁸ précisément. Dans cet arrêt, le juge de Strasbourg vient condamner l'Etat membre pour ne pas avoir pris en considération les conséquences de l'arrêt *Dudgeon contre Royaume-Uni*²⁶¹⁹ et ainsi, pour la première fois, conférer à sa jurisprudence un effet obligatoire vis-à-vis d'un Etat tiers. En effet, le juge européen sanctionne l'Etat chypriote pour avoir maintenu l'interdiction légale d'actes homosexuels entre adultes consentants, alors même que la condamnation du Royaume-Uni aurait dû l'inciter à modifier spontanément sa législation comparable²⁶²⁰. Pourtant, il s'agissait bien, en l'espèce, d'une affaire entre deux parties totalement différentes – le Royaume-Unis et la Chypre – à l'inverse des affaires *Marckx* et *Vermeire* par exemple, toutes deux dirigées contre la Belgique. De même, dans une affaire *Valenzuela Contreras contre Espagne*²⁶²¹, la Cour considère que l'Etat est allé à l'encontre de l'autorité de l'arrêt *Malone contre Royaume-Uni*²⁶²², où le juge avait notamment précisé qu'une législation sur les écoutes téléphoniques devait être suffisamment claire et précise pour être considérée comme compatible avec la Convention. Elle affirme, à ce titre, qu'« *elle avait déjà précisé dans un arrêt constatant une violation de l'article 8, que la loi doit user de termes assez clairs pour indiquer à tous, de manière suffisante, en quelles circonstances et sous quelles conditions, elle habilite la puissance publique à opérer pareille atteinte secrète, et virtuellement dangereuse au droit au respect de la vie privée de la correspondance* »²⁶²³. La Cour européenne a également affirmé l'autorité jurisprudentielle de ses propres arrêts, dans les affaires *Opuz contre Turquie* du 6 juin 2009 ou *Fabris contre France* du 7 février 2013, affirmant réciproquement qu'elle « *doit déterminer si les autorités nationales ont dûment pris en compte des principes découlant des arrêts qu'elle a rendus sur des questions similaires, y*

²⁶¹⁸ Cour EDH, 22 avril 1993, *Modinos c. Chypre*, req. n°15070/89, série A n°259.

²⁶¹⁹ Cour EDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, req. n°7525/76, série A n°45 ; *GACEDH*, n°48.

²⁶²⁰ Cour EDH, 22 avril 1993, *Modinos c. Chypre*, req. n°15070/89, *op. cit.*, § 20.

²⁶²¹ Cour EDH, 30 juillet 1998, *Valenzuela Contreras c. Espagne*, req. n°27671/95, Rec. 1998-V.

²⁶²² Cour EDH, 2 août 1984, *Malone c. Royaume-Uni*, req. n°8691/79, série A n°82, *GACEDH*, n°41.

²⁶²³ Cour EDH, 30 juillet 1998, *Valenzuela Contreras c. Espagne*, *op. cit.*, § 60.

compris dans des affaires concernant d'autres Etats que la Turquie »²⁶²⁴ et que « *le juge national doit assurer le plein effet des normes de la Convention, telles qu'interprétées par la Cour* »²⁶²⁵.

712. Outre les manifestations jurisprudentielles d'un dépassement de l'autorité de la chose jugée, différents documents juridiques font également appel à une reconnaissance de l'autorité de la chose interprétée. Ainsi, la résolution de l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe du 28 septembre 2000, affirmait déjà que « *la jurisprudence de la Cour fait partie intégrante de la Convention, de sorte que le caractère juridiquement contraignant [de ce texte] est élargi erga omnes* »²⁶²⁶. Par conséquent « *les Etats contractants doivent non seulement exécuter les arrêts prononcés par la Cour, dans les litiges auxquels ils sont parties, mais également tenir compte des incidences éventuelles que peuvent avoir sur leurs propres systèmes et pratiques juridiques, les arrêts prononcés dans d'autres affaires* »²⁶²⁷. Cette affirmation d'une autorité jurisprudentielle a par ailleurs été approuvée par les différentes conférences ministérielles sur l'avenir de la Cour, la déclaration d'Interlaken du 19 février 2010 ayant ainsi enjoint les Etats à réceptionner les développements et évolutions de la jurisprudence et, notamment, les conséquences d'un arrêt de violation – bien que rendu à l'encontre d'un autre Etat membre – lorsque leur ordre juridique soulève le même problème de principe²⁶²⁸. Enfin, la doctrine considère également, de longue date, que « *les Etats doivent appliquer la Convention avec la jurisprudence européenne bien établie qui y fait corps* »²⁶²⁹. La reconnaissance d'une telle autorité de la chose interprétée n'en reste pas moins particulièrement contraignante pour les Etats parties, puisque réceptionner les diverses interprétations européennes – souvent dynamiques, constructives ou/et évolutives – revient à imposer aux Etats des exigences conventionnelles toujours plus importantes et auxquelles ils n'avaient pas volontairement adhéré lors de la ratification de la Convention. La reconnaissance d'une telle autorité confirme donc la volonté du juge européen d'encadrer la

²⁶²⁴ Cour EDH, 9 juin 2009, *Opuz c. Turquie*, req. n°33401/02, § 163 ; *JCP G.*, 2009, n°29, pp. 36-41, chron. F. SUDRE.

²⁶²⁵ Cour EDH, Gde ch., 7 février 2013, *Fabris c. France*, req. n°16574/08, § 75 ; *AJDA*, 2013, n°31, pp. 1795-1797, chron. L. BURGORGUE-LARSEN.

²⁶²⁶ Résolution 1226 (2000) de l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe sur le thème de l'Exécution des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme, 28 septembre 2000 (30^{ème} séance), § 3.

²⁶²⁷ *Ibid.*

²⁶²⁸ Déclaration d'Interlaken, Conférence sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, 19 février 2010, à Interlaken (Suisse), B., 4., c).

²⁶²⁹ G. COHEN-JONATHAN, « La Convention européenne des droits de l'homme et les systèmes nationaux des Etats contractants », in *Mélanges en l'honneur de Nicolas VALTICOS*, Droit et justice, Pedone, 1999, p. 403.

liberté des Etats membres, de façon à mieux les guider vers une protection effective des droits de l'homme.

2- L'encadrement confirmé des libertés nationales

713. Affirmer une telle autorité jurisprudentielle est une chose, encore faut-il que les juges nationaux acceptent de réceptionner cette autorité de la chose interprétée. Certes, en ratifiant la Convention et notamment son article 1^{er}, les Etats s'engagent à ce que leur droit interne soit compatible avec celle-ci²⁶³⁰ et ne peuvent donc, *a priori*, laisser subsister – sous peine de se voir sanctionner à Strasbourg – une législation potentiellement contraire à la Convention. De cette manière, les effets des arrêts de la Cour ont une portée qui se veut indirectement générale. Toutefois, puisque la Convention n'impose pas la reconnaissance d'une autorité interprétative et que le juge européen ne dispose pas de pouvoir coercitif lui permettant de la faire respecter, l'autorité de ses interprétations ne peut être absolument considérée comme juridiquement contraignante pour les Etats, non concernés par l'arrêt. Au mieux, elle n'est revêtue que d'une forte charge incitative²⁶³¹. Le Professeur Frédéric SUDRE considère, à ce titre, qu'une telle autorité jurisprudentielle ne se décrète pas, elle se mérite. C'est pourquoi le respect de deux conditions apparaît essentiel à la reconnaissance d'une autorité légitime de la jurisprudence²⁶³². D'une part, la Cour devra œuvrer à la cohérence de sa jurisprudence, les solutions européennes devant s'intégrer dans un ensemble jurisprudentiel logique et rationnel, puisque l'autorité interprétative dépendra, surtout, de la qualité de la jurisprudence ; « *le degré de clarté, de précision et de constance des solutions dégagées* »²⁶³³ étant de nature à emporter l'assentiment du juge national. Le rôle de la motivation des arrêts européens joue, à ce titre, un rôle central pour expliquer tout d'abord aux Etats membres, le sens et les fondements de la décision juridictionnelle et favoriser ensuite, leur adhésion à la jurisprudence. Il est en effet évident que la motivation des arrêts de la Cour participe à la

²⁶³⁰ Cour EDH, Gde ch., 17 février 2004, *Maestri c. Italie*, req. n°39748/98, § 47.

²⁶³¹ A. SCHAHMANECHE, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, Pedone, 2014, p. 330.

²⁶³² F. SUDRE, Document de travail AS/Jur (2008) 08 de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme du 21 février 2008 sur « Garantir l'autorité et l'efficacité de la Convention européenne des Droits de l'Homme » ; F. SUDRE, « L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, n°76, 2008, p. 941 et suiv.

²⁶³³ E. BRIBOSIA, « Un dialogue sous l'influence des terreaux juridiques nationaux », in E. BRIBOSIA, L. SCHEECK et A. UBEDA DE TORRES (dir.), *L'Europe des cours, loyautés et résistances*, Bruylant, 2010, p. 232.

construction de l'autorité jurisprudentielle de ses arrêts²⁶³⁴, puisque c'est elle qui va finalement « *permettre le passage de la règle juridictionnelle à la jurisprudence* »²⁶³⁵. D'autre part, il est important que la Cour respecte le principe de subsidiarité, puisque méconnaître ce principe conduirait le juge à construire un ordre juridique « *dans une relation conflictuelle entre les juridictions chargées de le servir* »²⁶³⁶.

714. Pourtant, si l'ancien président de la Cour, Jean-Paul COSTA, considère que « *cette autorité de la chose interprétée va incontestablement faciliter la mise en œuvre du principe de subsidiarité* »²⁶³⁷ et envisage même, qu'à terme, « *l'article 46 de la Convention pourra être modifié pour mettre sa lettre en conformité avec son esprit* »²⁶³⁸, il nous semble qu'affirmer une telle autorité n'a plus rien à voir avec la subsidiarité mais confirme, au contraire, la mutation de ce principe. En effet, on ne peut considérer que cette autorité participe au renforcement de la subsidiarité conventionnelle – initialement voulue comme protectrice de l'autonomie nationale – dès lors qu'elle encadre la liberté d'interprétation et d'appréciation des autorités nationales et réduit donc leurs libertés en matière d'application interne des garanties conventionnelles.

715. Une telle autorité peut néanmoins contribuer à renforcer le caractère subsidiaire du système, entendu au sens d'une subsidiarité-encadrée. En effet, les juges nationaux, en appliquant les dispositions européennes telles qu'interprétées et définies par le juge de Strasbourg, vont d'autant mieux exercer leur rôle de juge de droit commun de la Convention. Par ailleurs, la reconnaissance d'une autorité de la chose interprétée aura « *pour effet de diminuer considérablement le nombre de requêtes adressées à la Cour* »²⁶³⁹. Le juge PINTO DE ALBUQUERQUE explique donc que « *si les États parties se conforment aux normes établies par la jurisprudence de la Cour, et ce même sans avoir été concernés par les litiges spécifiques qui sont à l'origine de la jurisprudence, non seulement ils évitent de futurs constats de violation mais, de plus, ils anticipent la mise en œuvre des droits et libertés inscrits dans la Convention. Cette approche proactive des États parties est également requise*

²⁶³⁴ A. SCHAHMANECHE, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, Pedone, 2014, p. 322 et suiv.

²⁶³⁵ *Ibid.*, p. 325.

²⁶³⁶ G. CANIVET, « Table ronde », in G. COHEN-JONATHAN et L. PETTITI (dir.), *La réforme de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Némésis, 2003, n°48, p. 75.

²⁶³⁷ J-P. COSTA, « Intervention introductive » à la conférence devant le Conseil d'Etat, le 19 avril 2010.

²⁶³⁸ *Ibid.*

²⁶³⁹ A. DRZEMCZEWSKI, « Quelques réflexions sur l'autorité de la chose interprétée de la Cour de Strasbourg », in *La conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA*, Dalloz, 2011, p. 245.

par l'application rigoureuse du principe de subsidiarité »²⁶⁴⁰. Dans le même sens, Jean-Marc SAUVE considère qu'incombe aux juridictions nationales, en vertu du principe de subsidiarité, « *un devoir de coopération loyale avec [la Cour] qui doit conduire à envisager la reconnaissance de l'autorité interprétative de ses arrêts et donc d'effets erga omnes, indépendamment de l'autorité de chose jugée entre les parties* »²⁶⁴¹.

716. Par conséquent, si l'affirmation progressive d'une autorité de la jurisprudence n'est évidemment pas de nature à consolider le principe même de subsidiarité – entendu comme un principe protecteur du pluralisme et des souverainetés étatiques – elle assoit néanmoins la mutation de celui-ci, devenu source d'encadrement des Etats membres. En effet, puisque le principe de subsidiarité « *implique une responsabilité partagée entre les Etats parties et la Cour* »²⁶⁴² et donc, « *des devoirs réciproques de coopération loyale* »²⁶⁴³, l'exigence tenant à la réception de l'autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour oriente et contraint le juge national dans son rôle prioritaire de protecteur des droits de l'homme. Ce renforcement de l'autorité des arrêts de la Cour n'en reste pas moins salubre au fonctionnement du système, puisqu'il permet véritablement d'orienter les Etats membres vers une protection toujours plus effective des droits de l'homme au plan national. Imposer une telle autorité des arrêts de la Cour implique donc une participation de l'ensemble des autorités nationales – législatives, judiciaires, administratives – mais surtout, une interaction mutuelle entre les différents juges d'application de la Convention. Bien que réductrice de l'autonomie nationale, l'affirmation d'une autorité de la chose interprétée amène donc les Etats membres sur la voie d'une réception progressive de la jurisprudence européenne en droit interne et participe, en ce sens, au renforcement d'une subsidiarité reformulée, au service d'une renationalisation urgente du contentieux.

²⁶⁴⁰ Opinion concordante du juge PINTO DE ALBUQUERQUE dans l'affaire Cour EDH, Gde ch., 7 février 2013, *Fabris c. France*, req. n°16574/08 ; *AJDA*, 2013, n°31, pp. 1795-1797, chron. L. BURGORGUE-LARSEN.

²⁶⁴¹ J-M. SAUVE, Discours de rentrée solennelle de la Cour européenne des droits de l'homme, le 29 janvier 2010.

²⁶⁴² Déclaration d'Interlaken sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, adoptée le 19 février 2010 à Interlaken (Suisse), (3).

²⁶⁴³ Intervention de J-M. SAUVE, « La subsidiarité : une médaille à deux faces ? », *Séminaire organisé par la Cour européenne des droits de l'homme*, le vendredi 30 janvier 2015 à Strasbourg, p. 2. Discours disponible sur : http://echr.coe.int/Documents/Speech_20150130_Seminar_JMSauv%C3%A9_2015.pdf.

§2- La réception progressive de la jurisprudence européenne en droit interne

717. Malgré quelques mouvements de résistance se développant ici et là depuis la Conférence d'Interlaken notamment, les Etats parties se livrent – dans l'ensemble – à une correcte réception de la jurisprudence européenne²⁶⁴⁴, si bien que grâce à la collaboration qui existe entre les juges nationaux et la Cour européenne (A), le devoir de coopération incombant aux juridictions nationales apparaît globalement satisfait (B). Tel que le souligne l'ancien président de la Cour, Jean-Paul COSTA, « *cette imprégnation jurisprudentielle [devrait, de toute façon, être] un réflexe naturel, car le juge interne a le droit et le devoir d'assurer la primauté de la Convention* »²⁶⁴⁵.

A- Une « collaboration juridictionnelle »²⁶⁴⁶ indispensable à l'exercice d'un contrôle de conventionnalité réussi

718. « *Le développement du droit européen des droits de l'homme [...] nous amène de plus en plus à penser en termes de réseau. Dans cette perspective, la hiérarchie et la subordination sont remplacées par la coordination, la linéarité par l'interaction, la confrontation par la coopération, l'opposition par la réciprocité* »²⁶⁴⁷. En effet, parce que le principe de subsidiarité suppose un partage des responsabilités et qu'il conduit l'Etat membre à prendre toute la mesure du rôle qu'il a à jouer, favoriser le dialogue entre le juge de Strasbourg et ses homologues nationaux semble indispensable²⁶⁴⁸. Par l'échange d'idées et d'interprétations, le juge national voit, d'une part, son rôle de juge de droit commun valorisé et se voit, d'autre part, manifestement responsabilisé. Le renforcement de l'autorité de la

²⁶⁴⁴ Pour des exemples nationaux de réception de la jurisprudence européenne, voir parmi d'autres, J. VELU, « A propos de l'autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour des droits de l'homme : vues de droit comparé sur les évolutions en cours », in *Nouveaux itinéraires en droit : Hommage à François Rigaux*, Bruylant, 1993, pp. 527 à 562 ; E. LAMBERT, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruylant, 1999.

²⁶⁴⁵ J-P COSTA, « L'autorité de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Conférence régionale sur le rôle des cours suprêmes dans la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme au niveau interne*, Belgrade, 20 septembre 2007, p. 19, disponible sur : http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/Proceedings/Belgrade_ACTES&COVER.pdf.

²⁶⁴⁶ F. SUDRE, « La subsidiarité, “ nouvelle frontière ” de la Cour EDH. A propos des protocoles 15 et 16 à la Convention », *JCP G.*, 2013, n°42, doctr. 1086, p. 1914.

²⁶⁴⁷ F. TULKENS et J. CALLEWAERT, « Un dialogue à trois voix entre pluralisme et cohérence », in E. BRIBOSIA, L. SCHEECK et A. UBEDA DE TORRES (dir.), *L'Europe des cours, loyautés et résistances*, Bruylant, 2010, p. 305.

²⁶⁴⁸ Pour une analyse approfondie, voir notamment J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français*, LGDJ, 1998, p. 459 et suiv.

jurisprudence passe donc par l'accentuation – et même l'institutionnalisation – d'un dialogue entre juges, moteur d'une collaboration juridictionnelle réussie (1). Ce dialogue peut néanmoins conduire les juridictions nationales à adopter différentes attitudes face à la question d'une adhésion à la jurisprudence européenne (2).

1- Le dialogue des juges comme amplificateur de subsidiarité

719. L'expression, devenue familière, de « dialogue des juges »²⁶⁴⁹ désigne « *l'échange d'arguments, d'interprétations et de solutions juridiques entre magistrats, que ce soit dans le délibéré, à travers la jurisprudence ou par le biais de la coopération entre juridictions* »²⁶⁵⁰. Si elle renvoie à l'idée même d'autorité de la chose interprétée, cette expression a toutefois « *le mérite de fournir un concept consensuel qui – écartant a priori toute relation d'autorité – évite de s'interroger sur les “ sujets qui fâchent ”, et notamment sur la question de l'autorité de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* »²⁶⁵¹. Pourtant, loin d'être un moyen de soumission des juges nationaux à l'interprétation européenne, le dialogue des juges doit être vu comme un outil de l'amélioration de la qualité des normes garantissant le respect des droits de l'Homme. En effet, seul « *un dialogue loyal et constructif* »²⁶⁵² permet de surmonter les conflits d'interprétation et de mettre le juge national (et parfois même le juge européen) sur la voie d'une application toujours plus effective des droits de l'homme. Plus généralement, un tel dialogue permet « *d'améliorer la compréhension de leurs rôles respectifs dans la mise en œuvre de leur responsabilité partagée, en matière d'application de la Convention* »²⁶⁵³.

²⁶⁴⁹ L'expression exacte de « dialogue des juges » va être employée, pour la première fois, par le président Bruno GENEVOIS dans ses conclusions sur l'arrêt *Ministre de l'Intérieur contre Cohn-Bendit* de 1978. Concernant la divergence des jurisprudences administrative et communautaire au sujet de la nature juridique des directives, il a en effet considéré qu'« *à l'échelon de la Communauté européenne il ne doit y avoir ni gouvernement des juges, ni guerre des juges. Il doit y avoir place pour le dialogue des juges* ». Quelques années plus tard, le président GENEVOIS appelait encore à un « *impératif de discipline juridictionnelle* ». Voir ses conclusions concernant l'arrêt du Conseil d'Etat, 11 juillet 1984, *Subrini*, concernant la Convention européenne au risque d'engager la responsabilité de la France sur le plan international.

²⁶⁵⁰ J. ALLARD, « Le dialogue des juges à la Cour européenne des droits de l'homme et à la Cour suprême des Etats-Unis », in J. ALLARD, G. HAARSCHER et L. HENNEBEL, *Juger les droits de l'homme : Europe et Etats-Unis face à face*, Bruylant, 2008, p. 93.

²⁶⁵¹ F. SUDRE, « Le dialogue des juges. Avant-Propos », *Cahiers de l'IDEDH*, n°11, 2007, p. 8.

²⁶⁵² Intervention de J-M. SAUVE, « La subsidiarité : une médaille à deux faces ? », *Séminaire organisé par la Cour européenne des droits de l'homme*, le vendredi 30 janvier 2015 à Strasbourg, p. 9. Discours disponible sur : http://echr.coe.int/Documents/Speech_20150130_Seminar_JMSauv%C3%A9_2015.pdf.

²⁶⁵³ Déclaration de Brighton, adoptée lors de la Conférence à haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, réunie à Brighton, les 19 et 20 avril 2012, § 12, c).

720. Toutefois, rien dans le texte conventionnel ou dans la jurisprudence européenne n'a été, à l'origine, prévu – à l'exemple des questions préjudicielles en interprétation ou appréciation de validité en droit de l'Union européenne – pour instituer une telle collaboration entre les juges nationaux et la Cour de Strasbourg. L'ancien président de la Cour de Cassation, Guy CANIVET, voyait d'ailleurs ceci comme « *une lacune dans la décentralisation bien comprise de l'application de la Convention* »²⁶⁵⁴ et appelait donc, de ses vœux, une institutionnalisation du dialogue entre les juges nationaux et la Cour. C'est désormais chose faite.

Le protocole n°16 à la Convention introduit en effet une procédure d'avis consultatif²⁶⁵⁵ permettant une coopération formelle entre les juridictions nationales suprêmes et le juge européen. Ces juridictions suprêmes pourront désormais, si elles le souhaitent, formuler des demandes d'avis sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles, et la Cour pourra y répondre afin de les guider vers une protection nationale des droits de l'homme toujours effective²⁶⁵⁶. Cette innovation – qui prévoit donc un élargissement des compétences de la Cour pouvant désormais rendre des avis consultatifs, non contraignants, sur demande des juridictions nationales suprêmes²⁶⁵⁷ – n'est toutefois pas identique à un mécanisme de renvoi préjudiciel puisque avant tout facultatif, que ce soit pour les juridictions nationales qui ne sont pas tenues de demander un tel avis, ou pour la Cour qui n'est pas obligée d'y répondre mais devra, néanmoins, motiver son refus. Un tel dialogue contribue naturellement à renforcer le rôle prioritaire des autorités nationales qui, dès lors, pourront correctement appliquer les exigences conventionnelles.

²⁶⁵⁴ G. CANIVET, « Cours suprêmes nationales et Convention européenne des droits de l'homme, Nouveau rôle ou bouleversement de l'ordre juridique ? », *Dialogue entre juges*, séminaire organisé à la Cour européenne des droits de l'homme le 12 janvier 2005, p. 9, article disponible sur : http://www.courdecassation.fr/IMG/File/cours_supremes_canivet.pdf

²⁶⁵⁵ Voir *supra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, section 1, § 2.

²⁶⁵⁶ Pour plus de détails sur la procédure de l'avis consultatif, voir parmi d'autres M-C. RUVANOT, « Le protocole n°16 à la convention européenne : réflexions sur une nouvelle espèce du genre », *RGDIP*, 2014, n°1, pp. 71-93 ; L-A. SICILIANOS, « L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme. A propos du Protocole n.16 à la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2014, n°97, pp. 9-29 ; F. SUDRE, « La subsidiarité, “ nouvelle frontière ” de la Cour EDH. A propos des protocoles 15 et 16 à la Convention », *JCP G.*, 2013, n°42, doct. 1086, pp. 1912- 1920.

²⁶⁵⁷ Pour information, cette innovation s'ajoute à la compétence consultative déjà accordée en vertu du Protocole n°2 à la Convention et principalement consacrée aux articles 47 à 49 de la Convention.

Ainsi, « *au-delà même de sa première vertu de facilitateur de dialogue entre les juges, tout mécanisme de coopération juridictionnelle fait vivre positivement la subsidiarité* »²⁶⁵⁸. En effet, les juridictions nationales pourront alors pleinement exercer leur fonction de juges de droit commun de la Convention, en appliquant spontanément un droit européen conforme à l'interprétation délivrée par la Cour. Du fait de cette collaboration et contribution naturelles des juges nationaux à la formation d'un droit commun des droits de l'homme, pareille procédure va aider « *à amoindrir les susceptibilités nationales éventuelles, à l'égard de la jurisprudence de la Cour* »²⁶⁵⁹. Enfin, parce qu'ils sont non contraignants et qu'ils guident le juge national sur la voie d'une application effective de la Convention, ces avis « *mettent encore plus l'accent sur le rôle fondamental que les autorités nationales doivent jouer dans l'application de cet instrument et renforcent ainsi le principe de subsidiarité* »²⁶⁶⁰.

Cette procédure a, par ailleurs, été envisagée comme l'un des moyens susceptibles d'aider à désengorger le prétoire strasbourgeois²⁶⁶¹. En favorisant le renvoi des affaires vers le juge national – désormais à même d'appliquer la Convention selon sa juste interprétation sans toutefois, ne serait-ce qu'amoindrir l'effectivité de la protection des droits de l'homme à l'exemple du nouveau critère de recevabilité²⁶⁶² – l'avis consultatif apparaît en effet comme un « *instrument de délestage du rôle de la Cour* »²⁶⁶³. Cette volonté de renforcer le dialogue des juges vise ainsi à « *assurer l'appui continu des Etats à l'efficacité du système de la Convention* »²⁶⁶⁴.

721. Toutefois, bien avant l'institutionnalisation d'une telle procédure, un dialogue informel, d'échange d'arguments juridiques – de jurisprudence à jurisprudence – avait déjà pu être remarqué.

²⁶⁵⁸ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Le principe de subsidiarité, quel avenir ? », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, édition Nemesis, Anthemis, 2014, p. 363.

²⁶⁵⁹ Document de réflexion sur la proposition d'élargissement de la compétence consultative de la Cour, publié par la Cour européenne des droits de l'homme, disponible sur : http://www.coe.int/t/dgi/brighton-conference/Documents/Court-Advisory-opinions_fr.pdf.

²⁶⁶⁰ *Ibid.*

²⁶⁶¹ Voir, en ce sens, J-F. FLAUSS, « Faut-il transformer la Cour européenne des droits de l'homme en juridiction constitutionnelle ? », *Dalloz*, 2003, p. 1638 et suiv.

²⁶⁶² Voir *supra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2, Section 1, § 1.

²⁶⁶³ Voir, en ce sens, J-F. FLAUSS, « Faut-il transformer la Cour européenne des droits de l'homme en juridiction constitutionnelle ? », *op. cit.*, p. 1638 et suiv.

²⁶⁶⁴ Document de réflexion sur la proposition d'élargissement de la compétence consultative de la Cour, *op. cit.*

2- Les différentes formes de dialogue possible

722. Bien qu'indirectement contraint par le juge des droits de l'homme à réceptionner sa jurisprudence sous peine de se voir ultérieurement condamné à Strasbourg, le juge national peut, néanmoins, entretenir différentes formes de dialogue avec le juge européen. Cette question, toutefois pas nouvelle, ne fera présentement l'objet que d'un bref rappel à titre méthodologique.

723. En tout premier lieu, le juge national peut évidemment refuser d'adhérer à la jurisprudence européenne, dès lors que la Convention ne lui impose de se conformer qu'aux seuls arrêts auxquels il est partie. Le dialogue entre le juge national et la Cour européenne sera alors rompu, dès lors que les juridictions nationales développent une interprétation contraire à la jurisprudence strasbourgeoise et maintiennent donc leurs positions nationales en contrariété avec la jurisprudence européenne. Cette hypothèse s'est, notamment, manifestée dans le domaine des discriminations successorales entre enfants naturels et adultérins²⁶⁶⁵. De manière plus subtile, le juge national peut également privilégier une interprétation visant à neutraliser l'inconventionnalité de la disposition nationale qui, malgré sa contrariété évidente avec la Convention, est alors appréciée par les juridictions nationales d'une façon qui la rend compatible avec le droit européen. Cette technique – bien que non satisfaisante – a toutefois l'avantage d'éviter un affrontement direct et donc une rupture explicite du dialogue avec la juridiction européenne. Une telle « *stratégie de contournement ou d'évitement* »²⁶⁶⁶ du juge national s'est, par exemple, illustrée dans le célèbre contentieux Ekin²⁶⁶⁷.

²⁶⁶⁵ Ainsi, malgré les affaires Cour EDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique* (req. n°6833/74, série A n°31 ; *GACEDH*, n°51) et Cour EDH, 29 novembre 1991, *Vermeire c. Belgique* (req. n°12849/87 ; *RTDH*, 1992, n°10, pp. 215-225, comm. F. RIGAUX), la Cour de cassation française a choisi de persévérer dans l'application de certains articles du Code civil, bien que sources d'une discrimination déjà sanctionnée en Belgique. Cette résistance de la France vis-à-vis de l'interprétation européenne, lui vaudra ainsi une condamnation dans l'affaire Cour EDH, 1 février 2000, *Mazurek c. France* (req. n°34406/97, Rec. 2000-II ; *GACEDH*, n°54 ; *RTD Civ.*, 2000, n°2, pp. 289-314, note J. HAUSER), puis ultérieurement – du fait de l'inapplicabilité de la nouvelle loi au cas d'espèce – dans l'affaire Cour EDH, Gde ch., 7 février 2013, *Fabris c. France* (req. n°16574/08 ; *AJDA*, 2013, n°31, pp. 1795-1797, chron. L. BURGORGUE-LARSEN), la conduisant finalement à abroger les dispositions litigieuses par le biais de la Loi n°2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral (1).

²⁶⁶⁶ F. SUDRE, « A propos du dialogue des juges et du contrôle de conventionnalité », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle, Etudes en l'honneur de Jean-Claude GAUTRON*, Pedone, 2014, p. 210.

²⁶⁶⁷ Voir, en ce sens, l'affaire CE, 9 juillet 1997, *Association Ekin*, req. n°151064, Rec. Lebon p. 300 (*RFDA*, 1997, p. 1290 et suiv., note M. DENIS-LINTON ; *RDP*, 1998, p. 553 et suiv., obs. S. RABILLER) dans laquelle le Conseil d'Etat – malgré l'exercice d'un contrôle entier correspondant davantage au contrôle de proportionnalité exigé par la jurisprudence européenne – se verra sanctionné par la Cour, qui considère que les dispositions relatives à la loi de 1881 (article 14 de la loi du 29 juillet 1881, modifié par un décret-loi du 6 mai 1939 notamment) n'en restent pas moins contraires au droit à la liberté d'expression (Cour EDH, 17 juillet 2001, *Association Ekin c. France*, req. n°39288/98, §§ 62 et 64 ; *LPA*, 2002, n°39, p. 12, note L. PECH ; *Dalloz*, 2002,

724. Toutefois, c'est plus généralement un dialogue conforme avec la jurisprudence de la Cour qui sera entretenu par les juridictions nationales, seule véritable « *figure de l'appropriation* »²⁶⁶⁸ de la Convention par son juge de droit commun. Cette réception de la jurisprudence européenne pourra alors être de deux ordres, soit contrainte, soit spontanée. En effet, le juge interne pourra, d'une part, modifier sa jurisprudence à la suite d'une condamnation européenne établie à son encontre et montrer ainsi sa volonté de se conformer rapidement à son obligation d'exécution des arrêts de la Cour²⁶⁶⁹. D'autre part, la mise en conformité du juge national peut être spontanée et ainsi intervenir à la suite d'une condamnation européenne ne le concernant pas directement. Le juge interne va alors prendre en compte la jurisprudence de la Cour du simple fait de sa législation similaire à celle sanctionnée et l'appliquer de bon gré, sans attendre d'être traduit à Strasbourg²⁶⁷⁰.

725. Si l'interprétation conforme s'est aujourd'hui clairement banalisée²⁶⁷¹ et que le dialogue entre les juges nationaux et européen se dessine donc comme le vecteur d'une adhésion aux exigences jurisprudentielles, il va parfois conduire le juge interne à faire preuve d'imagination et d'anticipation. En effet, « *les pays cherchent [de plus en plus] à devancer d'éventuelles condamnations à Strasbourg, qui ne sont jamais agréables, ce qui fait, qu'au*

p. 2770, obs. T. MASSIS) forçant de ce fait le juge national à se ranger *in fine* derrière son interprétation (CE, 7 février 2003, *Gisti*, req. n°243634, Rec. Lebon p. 30 ; *AJDA*, 2003, p. 996, note F. JULIEN-LAFERRIERE).

²⁶⁶⁸ M. GUYOMAR, « Le dialogue des jurisprudences entre le Conseil d'Etat et la Cour de Strasbourg : appropriation, anticipation, émancipation », *La conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA*, Dalloz, 2011, p. 313.

²⁶⁶⁹ Le juge administratif français n'admettait pas, par exemple, qu'incombait à l'administration pénitentiaire une obligation positive de protection de la vie des détenus, se voyant ainsi doublement condamnée dans les affaires Cour EDH, 22 juillet 2004, *Slimani c. France* (req. n°57671/00, Rec. 2004-IX, § 29 ; *JDI*, 2005, n°2, pp. 505-506, note M. EUDES) et Cour EDH, 16 octobre 2008, *Renolde c. France* (req. n°5608/05, Rec. 2008 ; *JDI*, 2009, n°3, pp. 1018-1020, note E. DECAUX). Contraint par ces condamnations, le Conseil d'Etat acceptera de réceptionner et appliquer la technique européenne des obligations positives dans un arrêt CE, 17 décembre 2008, *Section française de l'Observatoire international des prisons* (req. n°305594, Rec. Lebon p. 463 ; *AJDA*, 2008, p. 2364 et suiv., concl. M. GUYOMAR), entretenant alors un dialogue conforme aux exigences jurisprudentielles de la Cour.

²⁶⁷⁰ Dans une célèbre affaire Cour EDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell c. Royaume-Uni* (req. n°7819/77, série A n°80) par exemple, la Cour vient affirmer que « *la justice ne saurait s'arrêter aux portes des prisons* » (§ 69) alors même, qu'à cette époque, le juge administratif français considère que l'ensemble des mesures pénitentiaires relèvent de la catégorie des mesures d'ordre intérieur et qu'elles sont donc insusceptibles de recours. Sans attendre d'être lui-même sanctionné, le Conseil d'Etat va alors spontanément modifier sa jurisprudence dans deux arrêts CE, Ass., 17 février 1995, *Hardouin et Marie* (req. n°107766 et n°97754, Rec. Lebon p. 82 et 85 ; *RFDA*, 1995, p. 353 et suiv., concl. B. FRYDMAN) et ainsi progressivement ouvrir le domaine pénitentiaire au recours contentieux puisque, désormais, une mesure visant à placer un détenu en quartier disciplinaire est une mesure susceptible de recours pour excès de pouvoir ; favorisant, de ce fait, un dialogue spontané et apaisé avec le juge européen. Pour d'autres exemples, voir notamment M. GUYOMAR, « Le dialogue des jurisprudences entre le Conseil d'Etat et la Cour de Strasbourg : appropriation, anticipation, émancipation », *La conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA*, Dalloz, 2011, pp. 311-320.

²⁶⁷¹ F. SUDRE, « A propos du dialogue des juges et du contrôle de conventionnalité », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle, Etudes en l'honneur de Jean-Claude GAUTRON*, Pedone, 2014, p. 212.

moins de facto, l'autorité [des] arrêts joue même pour les États non parties au litige »²⁶⁷². Ainsi, les juridictions nationales peuvent se livrer d'une part, à une interprétation novatrice, possible lorsque le juge interne est confronté, en premier, à des questions nouvelles d'interprétation de la Convention et qu'il n'existe donc aucun précédent jurisprudentiel européen²⁶⁷³. D'autre part, le juge national peut réaliser une interprétation véritablement constructive, dépassant les exigences jurisprudentielles jusqu'alors dégagées par la Cour, à l'exemple du contentieux français « Perruche »²⁶⁷⁴. Le juge national endosse pleinement, ici, son rôle de juge de droit commun de la Convention puisqu'il applique une solution qui se révèle être encore plus protectrice que celle offerte par la jurisprudence européenne, dépassant donc – conformément à l'article 53 de la Convention – le standard minimum de protection.

726. En résumé, si le juge national ne se fait pas toujours le récepteur fidèle de l'interprétation européenne, l'amorce puis l'institutionnalisation d'un dialogue entre les juges nationaux et européen, participent toutefois, de manière évidente, à la correcte mise en œuvre de la Convention – telle qu'interprétée par la Cour – en droit interne. Par conséquent, le

²⁶⁷² J-P COSTA, « L'autorité de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », Conférence régionale sur Le rôle des cours suprêmes dans la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme au niveau interne, Belgrade, 20 septembre 2007, p. 20, disponible sur : http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/Proceedings/Belgrade_ACTES&COVER.pdf.

²⁶⁷³ Dans une affaire Cass. Soc., 12 janvier 1999, *Spileers* (req. n°96-40.755, Bull. n°7 ; *Dalloz*, 1999, p. 645, comm. J-P. MARGUENAUD et J. MOULY ; *RTD Civ.*, 1999, p. 395, comm. J. MESTRE) – portant sur le licenciement d'un salarié du fait du non-respect de la clause de domiciliation familiale – la Cour de Cassation affirme que le libre choix du domicile personnel est l'un des attributs du droit au respect de la vie privée et familiale. Elle considère ainsi que la clause de domiciliation est incompatible avec l'article 8 de la Convention, alors même que le juge européen ne s'était encore jamais prononcé sur la question de l'applicabilité de cet article au domaine des relations de travail. La Cour de Cassation confirmera d'ailleurs sa position dans une affaire Cass. Soc., 2 octobre 2001, *SA Nikon France c. Onof*, req. n°99-42.942. Ce n'est que huit ans plus tard, dans une affaire Cour EDH, 3 avril 2007, *Copland c. Royaume-Uni* (req. n°62617/00 ; *JCP G.*, 2007, I, 182, chron. F. SUDRE), que le juge européen consacrera un droit du salarié au respect de sa vie privée sur son lieu de travail, confirmant ainsi l'interprétation inédite du juge national et le dialogue particulièrement fructueux, entretenu en l'espèce. Voir, en ce sens, Jean MOULY et Jean-Pierre MARGUENAUD qui qualifient la chambre sociale de la Cour de cassation de « pionnière de la diffusion de la Convention EDH en France », J. MOULY et J-P. MARGUENAUD, « La chambre sociale de la Cour de cassation, pionnière de la diffusion de la Convention EDH en France », *JCP G.*, 2008, n°50, I 221.

²⁶⁷⁴ Suite aux arrêts Cour EDH, Gde ch., 6 octobre 2005, *Maurice c. France*, req. n°11810/03 et *Draon c. France*, req. n°1513/03 (Rec. 2006-IX ; *RTD Civ.* 2005, p. 743, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *JCP G.*, 2006, II. 10061, note A. ZOLLINGER) sanctionnant la France sur le terrain de l'article 1 du Protocole n°1 pour défaut d'indemnisation à la suite d'une erreur médicale, les juridictions nationales vont aller au-delà de la solution dégagée par le juge européen. En effet, si la Cour sanctionnait l'application immédiate, aux instances en cours, de la loi dite « anti-Perruche » du 4 mars 2002 et interdisait donc son application rétroactive aux affaires antérieures à cette date, les juridictions judiciaires françaises vont, quant à elles, refuser l'application de la loi aux situations nées antérieurement à cette date et ce, même si les requérants n'avaient pas encore, au moment de l'entrée en vigueur de la loi, introduits une instance judiciaire (Voir, notamment, Cass., Ass. Plénière, 8 juillet 2008, *Épx. L. c. D. et autres*, pourvoi n°07-12159 ; *RDSS*, 2008, p. 975, obs. P. HENNION-JACQUET et CAA de Lyon, 7 avril 2009, *Centre hospitalier de Sens*, pourvoi n°05LY00016 ; *AJDA*, 2009, p. 1314, concl. D. MARGINEAN-FAURE).

devoir de coopération qui pèse sur les juridictions nationales et plus généralement sur les autorités nationales, apparaît – dans l'ensemble – globalement satisfait.

B- Le devoir de coopération des juridictions nationales globalement satisfait

727. En vertu du principe de subsidiarité, pèse donc sur les juridictions nationales, un devoir de coopération loyale avec la Cour de Strasbourg, devoir qui se dédouble en une obligation de reconnaître l'autorité interprétative des arrêts européens²⁶⁷⁵ (1) et une obligation d'exécution des arrêts de la Cour (2). S'il est possible d'affirmer – au regard de l'ensemble du corpus jurisprudentiel – que ces deux obligations sont majoritairement satisfaites, des exemples de résistances nationales existent néanmoins.

1- La prise en compte de la jurisprudence européenne par les autorités nationales

728. Dans l'affaire *Fabris contre France* du 7 février 2013, la Cour européenne consacre, de manière expresse, une « *obligation pour le juge national d'assurer [...] le plein effet des normes de la Convention, telles qu'interprétées par la Cour* »²⁶⁷⁶. Toutefois, l'adhésion des juridictions nationales à la jurisprudence de la Cour n'a pas été immédiate, à l'exemple du juge français notamment, qui a réagi en deux temps face à une telle extension prétorienne de l'autorité des arrêts de la Cour.

729. Dans un premier temps, le juge national ne s'estime pas lié par la jurisprudence européenne et nie, ainsi, que les arrêts de la Cour soient revêtus d'une quelconque autorité de la chose interprétée. Le juge adopte donc une attitude de défiance à l'égard de la jurisprudence européenne et utilise ainsi « *le principe de subsidiarité comme moyen de protection du droit national* »²⁶⁷⁷. C'est ce que l'avocat général Régis DE GOUTTES identifie comme « *l'interprétation négative, protectionniste ou souverainiste du principe de*

²⁶⁷⁵ Contribution du secrétaire général du Conseil de l'Europe à la préparation de la conférence ministérielle d'Interlaken, SG/Inf(2009)20 / 14 janvier 2010, § 17.

²⁶⁷⁶ Cour EDH, Gde ch., 7 février 2013, *Fabris c. France*, req. n°16574/08, § 75 ; *AJDA*, 2013, n°31, pp. 1795-1797, chron. L. BURGORGUE-LARSEN.

²⁶⁷⁷ R. DE GOUTTES, « La priorité substantielle du droit interne », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, édition Nemesis, Anthemis, 2014, p. 45.

subsidiarité »²⁶⁷⁸, phase durant laquelle le juge national use de ce principe pour minimiser l'impact de la Convention en tant que source de droits dans son ordre interne. Le Conseil d'Etat dans son arrêt du 24 novembre 1997, *Ministre de l'Economie et des Finances contre société Amibu*²⁶⁷⁹, ou la Cour de Cassation, dans son affaire du 3 février 1993 *Kemmache*²⁶⁸⁰ par exemple, ont ainsi refusé de reconnaître l'autorité interprétative des décisions juridictionnelles européennes. Une phase de détente, d'acception progressive de l'autorité interprétative – bien que néanmoins souvent forcée par diverses condamnations de la France sur des terrains variés²⁶⁸¹ – a toutefois pu être, ensuite, observée.

730. Dans un deuxième temps, les juridictions françaises vont donc se ranger peu à peu derrière l'interprétation européenne²⁶⁸², acceptant tout d'abord – de manière indirecte – de reconnaître une telle autorité, en intégrant les règles jurisprudentielles européennes à leur motivation, sans néanmoins citer les arrêts sur lesquels elles se fondent. Ainsi, la Chambre sociale de la Cour de Cassation se réfère par exemple²⁶⁸³, dans une affaire *Bozkurt contre CPAM de Saint-Étienne* du 14 janvier 1999, aux articles 14 de la Convention et 1er du Protocole n° 1 « *tels qu'interprétés par la Cour européenne des droits de l'homme* »²⁶⁸⁴. Un an plus tard, les Tribunaux de Grande instance de Montpellier²⁶⁸⁵ et de Brive²⁶⁸⁶ accueillent également la jurisprudence de la Cour concernant l'interdiction des discriminations successorales entre enfants naturels et adultérins, au lieu de continuer à appliquer la loi

²⁶⁷⁸ *Ibid.*

²⁶⁷⁹ CE, 24 novembre 1997, *Ministre de l'économie et des finances c. société Amibu*, req. n°171929 ; *RFDA*, 1998 p. 978 et suiv., comm. J. ANDRIANTSIMBAZOVINA. Pour d'autres exemples et une analyse plus approfondie, voir notamment L. POTVIN-SOLIS, *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'Etat français*, LGDJ, 1999, p. 522 et suiv. spéc.

²⁶⁸⁰ Cass. Crim., 3 février 1993, *Kemmache*, pourvoi n°92-83443, Bull. crim. 1993, p. 132. Elle réitérera notamment sa position dans une affaire Cass. Crim., 4 mai 1994, *Saïdi*, pourvoi n°93-84.547 ; *Dalloz*, 1995, p. 80, note J-F. RENUCCI.

²⁶⁸¹ Pour d'autres exemples, voir également J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Broniowski c/ Pologne du 22 juin 2004 », *GACEDH*, p. 866 et suiv.

²⁶⁸² Voir, par exemple, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La fin d'une résistance du Conseil d'Etat de France à la chose interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme : l'application de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme aux juridictions disciplinaires », *RTDH*, 1998, pp. 365-395.

²⁶⁸³ Voir, également, Cass. Civ., 29 janvier 2002, pourvois n°99-21134 et 99-21135 ; *Dalloz*, 2002, p. 1938 et suiv., note A. DEVERS, qui visait l'article 1527 alinéa 2 du code civil « *tel qu'il doit être interprété au regard de l'article 1er du Protocole additionnel à la Convention* ».

²⁶⁸⁴ Cass. Soc., 14 janvier 1999, *Bozkurt c. CPAM de Saint-Etienne*, pourvoi n°B 97-12.487 ; *Dalloz*, 1999, n°22, pp. 334-336, obs. J-P. MARGUENAUD et J. MOULY.

²⁶⁸⁵ TGI Montpellier, 2 mai 2000 ; *Dr. fam.* 2000, n°99, comm. A. GOUTTENOIRE.

²⁶⁸⁶ TGI Brive, 30 juin 2000 ; *Droit de la famille*, 2000, n°10, comm. 107, comm. P. MURAT ; *Dalloz*, 2001, p. 27, note I. ARDEEF.

nationale inconstitutionnelle, bien que non encore légalement modifiée²⁶⁸⁷. En d'autres termes, ils réceptionnent pleinement leur « *obligation d'assurer le plein effet [des] normes en les faisant au besoin passer avant toute disposition contraire qui se trouve dans la législation nationale, sans devoir attendre son abrogation par le législateur* »²⁶⁸⁸. Cette formule de référence à un article de la Convention « *tel qu'interprété par la Cour européenne* », sans mention des sources de cette interprétation – pratique que l'on retrouve également dans la jurisprudence du Conseil d'Etat²⁶⁸⁹ – a toutefois « *quelque chose d'inconvenant* »²⁶⁹⁰, même s'il s'agit manifestement d'une première avancée vers la réception de l'autorité de la chose interprétée. A croire que l'identification formelle des sources de l'interprétation suivie représente, pour les juridictions nationales, une sorte d'aveux de faiblesse, voire de soumission à l'interprétation européenne.

731. Mais, bien heureusement, les juridictions françaises ont continué à faire évoluer leurs positions. En effet, les juges judiciaire et administratif vont, progressivement et ponctuellement, accepter de se référer directement à la décision européenne sur laquelle ils s'appuient pour rendre leur jugement et ainsi se faire les relais du droit européen des droits de l'homme.

La Chambre sociale de la Cour de cassation, dans plusieurs arrêts du 13 juin 2007 notamment, se réfèrera ainsi – au titre des visas de l'arrêt – à « *l'article 6 § 1 de la Convention [...] tel qu'interprété par l'arrêt Arnolin et autres c/ France du 9 janvier 2007 de la Cour européenne* »²⁶⁹¹, acceptant par là même « *de se ranger à l'interprétation européenne* »²⁶⁹². Un pas a toutefois été nettement franchi par la Cour de cassation dans plusieurs décisions du 15 avril 2011²⁶⁹³ où elle se réfère, dans le cadre même de la motivation, aux arrêts Salduz

²⁶⁸⁷ Voir en ce sens, J-P. MARGUENAUD, « La reconnaissance de l'autorité interprétative des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme par les juges du fond ou comment expurger le droit de la famille de ses archaïsmes sans attendre le législateur », *RTD Civ.*, 2000, p. 930.

²⁶⁸⁸ Obligation affirmée notamment dans Cour EDH, 26 avril 2007, *Dumitru Popescu c. Roumanie* (n°2), req. n°71525/01, § 103.

²⁶⁸⁹ Voir par exemple, CE, 25 mai 2007, *Courty*, req. n°296327 (*AJDA*, 2007, p. 1424, concl. R. KELLER): « *dès lors qu'il a prévu la possibilité pour le justiciable, informé par l'avis d'audience, d'être mis à même d'exercer effectivement son droit en s'opposant à la présence du commissaire du gouvernement au délibéré, le décret attaqué, loin de porter atteinte aux garanties prévues par l'article 6 § 1er de la convention tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme, a contribué à les renforcer* » (souligné par nous).

²⁶⁹⁰ J.-P. MARGUENAUD, « Le juge judiciaire et l'interprétation européenne », in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1998, p. 231 et suiv., spéc. p. 243.

²⁶⁹¹ Cass. Soc., 13 juin 2007, pourvoi n°05-45.694 ; *JCP G.*, 2007, act. 287, note C. PERES.

²⁶⁹² P. DEUMIER, « L'avènement des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme au visa des arrêts de la Cour de cassation », *RTD Civ.*, 2007, p. 536.

²⁶⁹³ Cass., Ass. plén., 15 avril 2011, pourvois n°10-17.049, 10-30.313, 10-30.316 et 10-30.242 ; *RTD Civ.*, 2011, p. 725, comm. J.-P. MARGUENAUD.

contre Turquie du 27 novembre 2008²⁶⁹⁴ et Dayanan contre Turquie du 13 octobre 2009²⁶⁹⁵ mais reconnaît surtout, de manière explicite, l'autorité interprétative des arrêts de la Cour. Elle affirme, en effet, que « *les Etats adhérents à la Convention [...] sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne [...], sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation* »²⁶⁹⁶. Cette véritable « *révolution du 15 avril* »²⁶⁹⁷, intervenue à la suite du constat d'inconstitutionnalité²⁶⁹⁸ – en sus d'une inconventionnalité dressée dans l'affaire Brusco contre France – de l'article 63-4 du Code de procédure pénale régissant le régime commun de la garde à vue, sanctionne en ce sens le caractère différé de la loi du 14 avril 2011 portant modification dudit régime. Réceptionnant l'autorité de la jurisprudence Brusco malgré l'absence de modification législative effective, la Cour de Cassation se conforme donc à son obligation de coopération loyale et notamment, à son devoir d'applicabilité immédiate des décisions européennes²⁶⁹⁹.

S'agissant du juge administratif français²⁷⁰⁰, il suivra lui aussi une évolution globalement similaire afin d'endosser son rôle de juge de droit commun de la Convention. Le Conseil d'Etat mentionnera ainsi pour la première fois, de manière expresse, un arrêt de la Cour dans sa décision Meyet du 20 décembre 2005. En effet, il se réfère – dans les visas de son arrêt – à la décision européenne du 27 avril 1988 Boyle et Rice contre Royaume-Uni²⁷⁰¹ et précise par ailleurs – dans le cadre de ses motifs – que « *selon la jurisprudence de la Cour [...], l'article 13 de la Convention ne saurait s'interpréter comme exigeant un recours interne pour toute doléance* »²⁷⁰². Ainsi que le souligne le Professeur Frédéric SUDRE, « *la décision Meyet brise un véritable tabou et a une indéniable dimension symbolique, témoignant d'une ouverture manifeste à la jurisprudence européenne* »²⁷⁰³. Notons, toutefois, que cette référence

²⁶⁹⁴ Cour EDH, Gde ch., 27 novembre 2008, *Salduz c. Turquie*, req. n°36391/02 ; *GACEDH*, n°37 ; *RDP*, 2009, p. 974, comm. M-A. BEERNAERT.

²⁶⁹⁵ Cour EDH, 13 octobre 2009, *Dayanan c. Turquie*, req. n°7377/03 ; *JCP G.*, 2010, pp. 61-67, chron. F. SUDRE.

²⁶⁹⁶ Cass., Ass. plén., 15 avril 2011, *op. cit.*

²⁶⁹⁷ J-P. MARGUENAUD, « La reconnaissance par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation de l'autorité interprétative des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ou : la révolution du 15 avril », *RTD Civ.*, 2011, pp. 725-731.

²⁶⁹⁸ CC, décision n°2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010, *M. Daniel W. Et autres* [Garde à vue] où le Conseil a jugé les articles en cause du Code de procédure pénale contraires à la Constitution.

²⁶⁹⁹ Cour EDH, Gde ch., 7 février 2013, *Fabris c. France*, req. n°16574/08 ; *AJDA*, 2013, n°31, pp. 1795-1797, chron. L. BURGORGUE-LARSEN.

²⁷⁰⁰ Voir, par exemple, B. PACTEAU, « Le juge administratif français et l'interprétation européenne », in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la CEDH*, Bruylant, 1998, pp. 151-287.

²⁷⁰¹ Cour EDH, 27 avril 1988, *Boyle et Rice c. Royaume-Uni*, req. n°9659/82 et al., série A n°131.

²⁷⁰² CE, ord., 20 décembre 2005, *Meyet*, req. n°288253, considérant 6.

²⁷⁰³ F. SUDRE, « Vers la normalisation des relations entre le Conseil d'Etat et la Cour européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 2006, p. 286, § 3.

intervient dans le cadre d'une ordonnance de référé ayant donc une portée plus réduite et, par conséquent, moins symbolique que dans le cadre d'un jugement au fond. Dans l'affaire GISTI du 13 février 2013, le Conseil d'Etat vient cette fois s'appuyer, dans le cadre même de sa motivation, sur « *l'article 5, paragraphe 1, de la convention européenne [...], tel qu'il a été interprété par la Cour européenne des droits de l'homme, en particulier dans son arrêt du 19 janvier 2012, Popov c/ France* »²⁷⁰⁴. L'arrêt Baumet du 4 octobre 2012 a également constitué un tournant majeur dans la jurisprudence administrative quant à la réception de l'autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour. Ce n'est toutefois pas la solution sur le fond qui a retenu toute l'attention – celle-ci rejetant toute incidence d'un arrêt du juge européen sur l'autorité de la chose jugée au niveau national – mais bien la motivation inédite et particulièrement pédagogique du Conseil d'Etat. En effet, il confirme d'une part, l'autorité de la chose jugée des arrêts européens, réceptionnant pour ce faire l'obligation de cessation de l'illicite ainsi que – partiellement – l'obligation de réparation incombant aux autorités nationales²⁷⁰⁵. Bien que ne citant pas expressément les arrêts de la Cour, il reconnaît d'autre part, l'autorité *erga omnes* des arrêts de la Cour, réceptionnant en l'espèce l'obligation d'adopter des mesures générales pour se conformer à un arrêt de la Cour, bien que répondant à une volonté de non répétition de l'illicite et débordant, donc, le seul cas d'espèce²⁷⁰⁶. Par conséquent, le Conseil d'Etat conforte, ici, l'autorité interprétative des arrêts de la Cour, puisqu'il se soumet à l'obligation d'adopter de telles mesures générales, obligation non imposée par la Convention mais dégagée par la Cour elle-même dans son arrêt Scozzari et Giunta contre Italie²⁷⁰⁷. Au final, le juge administratif français tient globalement compte de la jurisprudence européenne et de l'interprétation délivrée par son juge naturel, ce qui se traduit notamment « *par l'utilisation, dans sa jurisprudence [...], de qualifications ou de catégories juridiques issues des décisions de la Cour* »²⁷⁰⁸, telles que, l'exigence d'impérieux motifs

²⁷⁰⁴ CE, 13 février 2013, *Gisti*, req. n°361401, § 15.

²⁷⁰⁵ CE, Sect., 4 octobre 2012, *M. Gilbert B.*, req. n°328502, considérant 7 : « *Considérant que l'autorité qui s'attache aux arrêts de la Cour implique en conséquence non seulement que l'Etat verse à l'intéressé les sommes que la Cour lui a allouées au titre de la satisfaction équitable prévue par l'article 41 de la convention mais aussi qu'il adopte les mesures individuelles et, le cas échéant, générales nécessaires pour mettre un terme à la violation constatée* ».

²⁷⁰⁶ *Ibid.*

²⁷⁰⁷ Cour EDH, Gde ch., 13 juillet 2000, *Scozzari et Giunta c. Italie*, req. n°39221/98 et 41963/98, Rec. 2003-VIII, § 249 ; *JDE*, 2001, n°76, pp. 34-43, chron. P. LAMBERT.

²⁷⁰⁸ J-M. SAUVE, « Le conseil d'Etat et l'application de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », Colloque organisé par l'Université de Paris 3 Sorbonne nouvelle, *Les 60 ans de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 9 avril 2010, p. 4, disponible sur :

d'intérêt général, la notion de « bien » au sens l'article 1 du Protocole n°1 et telle qu'interprétée par la Cour ou encore la théorie des droits implicites²⁷⁰⁹.

Même s'il n'est pas juge de droit commun de la Convention, le Conseil constitutionnel français – bien qu'entretenant toujours « *un dialogue sans parole* »²⁷¹⁰ avec la Cour européenne – réceptionne implicitement, lui aussi, la jurisprudence strasbourgeoise et développe donc une protection essentiellement équivalente à celle de la Cour²⁷¹¹. S'agissant du domaine des lois rétroactives, le Conseil constitutionnel a par exemple pris soin de développer des critères justifiant la conformité d'une loi rétroactive²⁷¹², dont l'exigence commune aux deux Cours tenant à la présence d'un but « *d'intérêt général suffisant* » ou d'un « *impérieux motif d'intérêt général* »²⁷¹³ – selon la formule strasbourgeoise – pour justifier ce caractère rétroactif. Des exceptions existent, néanmoins, attestant d'une résistance ponctuelle du Conseil face à la jurisprudence européenne ainsi que le confirme récemment la décision n°2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC du 18 mars 2015²⁷¹⁴, entretenant une certaine divergence d'interprétation entre les deux Cours quant au principe *non bis in idem*²⁷¹⁵.

732. Sans procéder à une analyse exhaustive de la jurisprudence nationale des autres Etats membres, notons toutefois qu'un même mouvement se dessine dans l'ensemble des pays européens. Il y a plus de vingt ans, le Professeur Jacques VELU dressait déjà un état des lieux positif quant à la réception de la jurisprudence européenne par les juridictions nationales, que ce soit néerlandaises, suisses, espagnoles, autrichiennes etc²⁷¹⁶. Dans un article portant sur « La Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence belge », le Professeur

<http://www.conseil-etat.fr/content/download/1766/5326/version/1/file/le-ce-et-l-application-de-la-convention-edh.pdf>.

²⁷⁰⁹ *Ibid.*

²⁷¹⁰ O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « Conseil Constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme : un dialogue sans parole », in *Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, pp. 403-417.

²⁷¹¹ Voir *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, § 2, A, 1, a, les divers exemples déjà cités.

²⁷¹² CC, n°2011-166 QPC, 23 septembre 2011, *M. Yannick N.* [Validation législative de procédures fiscales], cons. 4 et 5.

²⁷¹³ Voir, en ce sens, Cour EDH, Gde ch., 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal & Gonzales et autres c. France*, req. n°24846/94, § 57 ; *GACEDH*, n°29 ; Cour EDH, 25 novembre 2010, *Lilly France c. France*, req. n°20429/07, § 46 et §§ 50 à 58.

²⁷¹⁴ CC, n°2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC, 18 mars 2015, *M. John L. et autres* [Cumul des poursuites pour délit d'initié et des poursuites pour manquement d'initié]

²⁷¹⁵ Voir, notamment, en ce sens, F. SUDRE, « Principe non bis in idem et Convention EDH : la décision en trompe l'œil du Conseil constitutionnel », *JCP G.*, 2015, n°13, 368.

²⁷¹⁶ J. VELU, « A propos de l'autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour des droits de l'homme : vues de droit comparé sur les évolutions en cours », in *Nouveaux itinéraires en droit : Hommage à François RIGAUX*, Bruylant, 1993, p. 531 et suiv. Voir également J. VELU et R. ERGEC, *Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2ème édition, 2014, p. 1145 et suiv. ; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 12ème édition, 2015, p. 399 et suiv.

Rusen ERGEC insistait, quant à lui, sur la prise en compte de cette autorité jurisprudentielle par les juridictions nationales belges qui considèrent, de longue date, que la Convention doit être appliquée telle qu'interprétée par la Cour²⁷¹⁷. La Cour constitutionnelle belge est d'ailleurs l'une des rares à citer, directement, les arrêts de Strasbourg et à s'aligner sur la jurisprudence européenne²⁷¹⁸. L'influence du droit européen et donc de la jurisprudence strasbourgeoise sur le législateur belge est, elle aussi, indéniable²⁷¹⁹. La Cour suprême de justice et la Cour constitutionnelle portugaises n'hésitent pas non plus à se référer et mentionner la jurisprudence strasbourgeoise dans le cadre de leurs arrêts²⁷²⁰. Même les États les plus récalcitrants face à la question d'une autorité *erga omnes* des arrêts de la Cour, semblent peu à peu évoluer vers une adhésion progressive à la jurisprudence européenne.

733. En Italie par exemple, l'Assemblée plénière de la Cour de Cassation est pour la première fois venue poser – dans un arrêt du 21 janvier 2010 – une obligation incombant aux juridictions nationales d'« *interpréter le droit interne conformément aux dispositions de la Convention EDH, dans le respect de l'interprétation fournie par la Cour EDH* »²⁷²¹. Cette évolution s'est notamment vue confirmée dans un arrêt d'assemblée du 19 avril 2012 où la Cour de cassation italienne accueille l'effet *erga omnes* des arrêts européens²⁷²². S'agissant de la Cour constitutionnelle italienne, elle a récemment accepté – à la suite de l'affaire Scopolla contre Italie notamment – de reconnaître l'effet *erga omnes* de certaines décisions européennes²⁷²³. La Cour européenne relève d'ailleurs les progrès accomplis, cette dernière saluant dans l'affaire Parrillo contre Italie « *les principes dégagés par les arrêts nos 348 et 349 du 24 octobre 2007, notamment quant à la place revenant à la Convention dans les sources du droit et à l'invitation faite aux autorités judiciaires nationales d'interpréter les*

²⁷¹⁷ Voir, en ce sens, R. ERGEC, « La Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence belge », in P. TAVERNIER (dir.), *Quelle Europe des droits de l'homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une Union plus étroite*, Bruylant, 1996, p. 288. Voir également P. LAMBERT, *La Belgique devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2002 ; A. THURILLET-BERSOLLE, *Droits européens et droit de la famille : contribution à l'étude de la dynamique du rapprochement*, Thèse, 2011, Dijon, p. 218 et suiv.

²⁷¹⁸ P. MARTENS, « La Cour constitutionnelle belge et les Cours européennes », in E. BRIBOSIA, L. SCHEECK et A. UBEDA DE TORRES (dir.), *L'Europe des cours, loyautés et résistances*, Bruylant, 2010, pp. 323-327.

²⁷¹⁹ A. THURILLET-BERSOLLE, *Droits européens et droit de la famille : contribution à l'étude de la dynamique du rapprochement*, Thèse, 2011, Dijon, p. 211 et suiv.

²⁷²⁰ I. CABRAL BARRETO, « Le dialogue entre la Cour et les tribunaux portugais : une réussite ? », in *La conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA*, Dalloz, 2011, pp. 88 et 89.

²⁷²¹ Cour de cassation italienne, Ass. plén. pén., 21 janvier 2010, *Beschi*, req. n°18288, point n°4. Voir notamment, N. PERLO, « La Cour constitutionnelle italienne et ses résistances à la globalisation de la protection des droits fondamentaux : un « barrage contre le Pacifique » ? », *RFDC*, n°95, 2013, pp. 717-734.

²⁷²² Cour de cassation italienne, Ass. plén., ord. 19 avril 2012, req. n°34472.

²⁷²³ Cour constitutionnelle italienne, 18 juillet 2013, req. n°210/2013.

normes internes et la Constitution à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour »²⁷²⁴. Cette reconnaissance reste, toutefois, particulièrement limitée puisque circonscrite aux seuls arrêts européens révélant un problème structurel dans le système juridique italien ou à la jurisprudence « bien établie » de la Cour de Strasbourg²⁷²⁵. Mais si la Cour constitutionnelle accepte donc, désormais, de conférer à ce type de décision une portée plus générale que le simple effet *inter partes* d'un arrêt²⁷²⁶, nous sommes toutefois encore loin d'une pleine reconnaissance de l'autorité jurisprudentielle puisque bornée aux seuls arrêts rendus contre l'Italie.

734. En Allemagne, la Cour constitutionnelle se montre également réservée vis-à-vis de la jurisprudence européenne puisqu'elle considère que les arrêts de la Cour ne sont guère pourvus, en tant que tels, d'une autorité *erga omnes*²⁷²⁷. En tant que système dualiste, l'ordre juridique allemand doit en effet « transformer »²⁷²⁸ le droit international pour l'incorporer dans son ordre juridique par la voie de la loi fédérale, la Convention européenne n'ayant donc qu'une valeur législative – infra-constitutionnelle donc – en droit allemand. Dans ces conditions, la Cour de Karlsruhe ne se rallie à la jurisprudence européenne que si elle est compatible avec son droit constitutionnel et qu'elle n'entre donc pas en conflit avec la Loi fondamentale, faute de quoi elle émettra une réserve de constitutionnalité ou de souveraineté. Cette question de l'autorité des arrêts européens s'est, toutefois, vue clarifiée à la suite d'une affaire Gorgülü contre Allemagne du 26 février 2004²⁷²⁹, portant sur la question de l'attribution de l'autorité parentale et sur l'obligation de garantir un droit de visite au père de l'enfant²⁷³⁰. En effet, à la suite de cette condamnation, le tribunal cantonal de Wittenberg a fait droit à la demande du requérant²⁷³¹ tandis que la juridiction d'appel – le tribunal régional supérieur de Naumburg – décida d'annuler l'ordonnance en question, au motif que « *les juridictions nationales ne sauraient être tenues par les décisions de la Cour EDH, ni lors de*

²⁷²⁴ Cour EDH, Gde ch., 27 Août 2015, *Parrillo c. Italie*, req. n°46470/11, § 103 ; *JCP G.*, 2015, n°38, p. 1630, obs. A. SCHAMANECH ; *JCP G.*, 2015, n°44, pp. 1998-2002, comm. G. LOISEAU ; *GP*, 2015, n°259-260, p. 31, note C. BERLAUD.

²⁷²⁵ *Ibid.*, § 100.

²⁷²⁶ Cour constitutionnelle italienne, 18 juillet 2013, *op. cit.*, § 7.2.

²⁷²⁷ R. ARNOLD, « La cour constitutionnelle fédérale allemande et la Cour européenne des droits de l'homme », *RIDC*, 2005, n°3, p. 811 et suiv.

²⁷²⁸ Pour plus de détails sur le concept de transformation du droit international en droit allemand, voir notamment R. ARNOLD, « La cour constitutionnelle fédérale allemande et la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 805-815.

²⁷²⁹ Cour EDH, 26 février 2004, *Görgülü c. Allemagne*, req. n°74969/01.

²⁷³⁰ Voir, notamment, E. BRIBOSIA, « Un dialogue sous l'influence des terreaux juridiques nationaux », in E. BRIBOSIA, L. SCHEECK et A. UBEDA DE TORRES (dir.), *L'Europe des cours, loyautés et résistances*, Bruylant, 2010, p. 229 et suiv.

²⁷³¹ AG, Wittenberg, 19 mars 2004, 5 F 741/02 et 5 F 741/02.

l'interprétation de la Convention, ni lors de celles des droits fondamentaux en droit interne »²⁷³². Finalement, la Cour constitutionnelle fédérale est venue casser ce jugement dans un arrêt de principe du 14 octobre 2004²⁷³³, considérant que le tribunal ne prenait pas suffisamment en compte l'arrêt de la Cour européenne²⁷³⁴. Elle a précisé, à cette occasion, que si l'ensemble des organes de l'Etat, *a fortiori* les juridictions nationales, sont en principe tenues de « *prendre en considération* »²⁷³⁵ la jurisprudence européenne, une application « *automatique et contraire à des normes de valeur supérieures peuvent porter atteinte à des droits fondamentaux combinés au principe de l'Etat de droit* »²⁷³⁶. Ainsi, les autorités nationales ont l'obligation de prendre en compte la jurisprudence européenne dans le cadre de leur raisonnement mais non, toutefois, de suivre systématiquement et donc automatiquement, les solutions dégagées par le juge européen. Cet arrêt a été diversement apprécié par la doctrine, source de malentendus quant aux obligations incombant aux juridictions nationales pour les uns²⁷³⁷, source d'un renforcement du rôle de la Convention et des effets des arrêts de la Cour en droit allemand pour les autres²⁷³⁸. Notre avis pencherait, quant à lui, vers la confirmation d'une ouverture du droit allemand à l'autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour puisque, le devoir de prise en considération des arrêts européens par les juridictions nationales est un principe manifestement nouveau – bien qu'ambigu et imprécis²⁷³⁹ – n'ayant jamais été énoncé aussi clairement par les juges de Karlsruhe qui veillent, comme en l'espèce, à son respect. On ne peut toutefois ignorer que le maintien d'un pouvoir de « dernier mot » de la Cour constitutionnelle, en cas de contradiction de la Constitution avec la Convention, n'est pas satisfaisant et peut même être de nature à justifier une valorisation, par certains Etats, de leurs spécificités constitutionnelles comme excuse leur permettant de se soustraire à leurs

²⁷³² OLG, Naumburg, 30 juin 2004, 14 WF 64/04 et 26 juillet 2004, 9T 47/03.

²⁷³³ BVerfGE, 14 octobre 2004, *Görgülü*, 2 BvR 1481/04 ; *RFDC*, 2007/3, n°71, pp. 639-665, comm. C. FERCOT.

²⁷³⁴ Confirmé notamment par BVerfGE, 5 avril 2005, 1 BvR 1664/04 et BVerfGE, 10 juin 2005, 1 BvR 2790/04.

²⁷³⁵ BVerfGE, 14 octobre 2004, *Görgülü*, 2 BvR 1481/04, §§ 44, 45 et 46.

²⁷³⁶ Cour constitutionnelle fédérale, 14 octobre 2004, *Görgülü*, 2 BvR 1481/04, § 46.

²⁷³⁷ Voir l'interview de l'ancien Président de la Cour, L. WILDHABER, 15 novembre 2004, in *DER SPIEGEL*.

²⁷³⁸ Voir, par exemple, J. GERKRATH, « L'effet contraignant des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme vu à travers le prisme de la Cour constitutionnelle allemande », *RTDH*, 2006, n°67, pp. 713-734, spéc. p. 728 ; C. FERCOT, « Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en droit allemand. Analyse de la jurisprudence récente de la Cour de Karlsruhe et regards sur le droit français », *RFDC*, 2007/3, n°71, pp. 639-665 ; G. LÜBBE-WOLFF, « Cour Européenne des Droits de l'Homme et juridiction nationale - L'affaire *Görgülü* », *L'Europe des libertés*, travaux de recherche, disponible sur : http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr/article.php?id_article=351&id_rubrique=30 ;

²⁷³⁹ J. GERKRATH, « L'effet contraignant des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme vu à travers le prisme de la Cour constitutionnelle allemande », *op. cit.*, p. 724.

obligations conventionnelles²⁷⁴⁰. Si l'adhésion à la jurisprudence européenne n'est donc pas encore totalement acquise et spontanée, elle tend néanmoins à se confirmer et à se généraliser dans la plupart des Etats membres. Un même bilan – globalement positif – semble pouvoir être établi s'agissant de l'exécution même des arrêts de la Cour.

2- L'exécution des arrêts de la Cour par les autorités nationales

735. Au-delà d'une réception de l'autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour, le devoir de coopération avec le juge de Strasbourg impose également aux Etats de se conformer – de manière « *pleine, effective et rapide* »²⁷⁴¹ – aux arrêts définitifs de condamnation. Cette obligation d'exécution pèse alors sur l'ensemble des autorités nationales, tout particulièrement sur le législateur, mais aussi les juridictions internes qui, dans l'attente d'une éventuelle modification législative, doivent veiller à la conventionnalité du droit national en laissant, au besoin, les lois en vigueur inappliquées. Dans l'affaire *Fabris contre France* du 7 février 2013²⁷⁴², la Cour européenne a en effet explicitement posé une obligation d'applicabilité immédiate des exigences conventionnelles, n'hésitant plus à sanctionner le manque de réactivité des juridictions nationales et renforçant, par là-même, le caractère self-executing du dispositif précis et complet de l'arrêt européen en droit interne²⁷⁴³. Le Conseil d'Etat a ainsi récemment confirmé – dans les affaires *Baumet* du 4 octobre 2012²⁷⁴⁴ mais aussi *Vernes* du 30 juillet 2014²⁷⁴⁵ – sa volonté d'exécuter loyalement le texte conventionnel²⁷⁴⁶. La Cour de cassation a quant à elle décidé, « *afin de renforcer la coopération entre les deux cours, de*

²⁷⁴⁰ Voir notamment la décision du 14 juillet 2015 de la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie, commentée par exemple par R. LETTERON, « Russie : le Conseil de l'Europe ou le retour de la Guerre froide », *Libertés, libertés chéries*, 21 juillet 2015, disponible sur : <http://libertescheries.blogspot.fr/2015/07/russie-le-conseil-de-leurope-ou-le.html>.

²⁷⁴¹ Déclaration de Bruxelles, Conférence de haut niveau sur la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme, une responsabilité partagée, 27 mars 2015, disponible sur : http://justice.belgium.be/fr/binaries/Declaration_FR_tcm421-265136.pdf.

²⁷⁴² Cour EDH, Gde ch., 7 février 2013, *Fabris c. France*, req. n°16574/08, § 72 ; *AJDA*, 2013, n°31, pp. 1795-1797, chron. L. BURGORGUE-LARSEN.

²⁷⁴³ G. COHEN-JONATHAN, « Quelques considérations sur la réparation accordée aux victimes d'une violation de la CEDH », in *Mélanges en l'hommage à Pierre LAMBERT : Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Bruylant, 2000, pp. 109-140.

²⁷⁴⁴ CE, Sect., 4 octobre 2012, *M. Gilbert B.*, req. n°328502.

²⁷⁴⁵ CE, Ass., 30 juillet 2014, *Vernes*, req. n°358564.

²⁷⁴⁶ Voir, en ce sens, L. MILANO, « Nouvelle étape dans le renforcement de l'exécution des arrêts de la Cour EDH », *JCP G.*, n°43, 20 octobre 2014, 1089. Pour d'autres exemples d'application par la France des arrêts de la Cour, voir, par exemple, l'intervention de Y. ROBINEAU à la Cour suprême d'Azerbaïdjan, « L'application par la France des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », 24 octobre 2014, disponible sur : <http://www.conseil-etat.fr/content/download/35939/310724/version/1/file/Bakou.pdf>.

mettre en place un réseau de jurisprudence partagée qui pourra, à terme, rassembler l'ensemble des Cours suprêmes »²⁷⁴⁷. Pour un exemple concret, la Cour de Cassation n'a pas hésité à abandonner sa jurisprudence classique en matière d'interdiction de transcription du lien de filiation entre les parents d'intention et les enfants nés par GPA afin de procéder à l'exécution des arrêts Labassee et Mennesson contre France du 24 juin 2014²⁷⁴⁸. En effet, dans deux arrêts du 3 juillet 2015, la Cour de cassation fait droit à la demande des requérants et accepte l'inscription à l'état civil d'enfants nés à l'étranger d'une GPA ayant au moins un parent français²⁷⁴⁹. Le législateur français, enfin, peut lui aussi se montrer très réactif, n'hésitant pas, par exemple, à adopter la loi n°2011-939 du 10 août 2011 visant à introduire un nouvel article 365-1 dans le Code de procédure pénale, afin de garantir la motivation des arrêts de la Cour d'assise et ce, avant même le prononcé au fond de l'arrêt Agnelet contre France²⁷⁵⁰.

736. S'agissant des autres Etats membres de la Convention et sans prétendre – là non plus – à l'exhaustivité, nombreux exemples de la bonne exécution des arrêts de la Cour peuvent être mentionnés, que cela soit, d'une part, à l'aune d'une prise en compte de l'obligation d'exécution par les juridictions nationales ou d'autre part, des modifications législatives adoptées à la suite d'un arrêt de condamnation²⁷⁵¹.

S'agissant tout d'abord du rôle des juridictions internes, les tribunaux nationaux italiens ont par exemple modifié leur pratique judiciaire à la suite des arrêts Bracci²⁷⁵² et Majadallah²⁷⁵³ contre Italie, afin d'interpréter les articles 512 et 526 du Code de procédure pénale de manière conforme aux exigences de l'article 6 de la Convention. La Cour constitutionnelle italienne, dans un arrêt n°113 du 4 avril 2011, a par ailleurs déclaré l'article 630 du Code de procédure pénale illégitime puisque ne prévoyant pas la possibilité d'une réouverture des procédures en droit interne suite à un arrêt de la Cour européenne. En Espagne, la « doctrine Parot » – établie par la Cour suprême espagnole en 2006 – a également

²⁷⁴⁷ G. GONZALEZ, « Jouissance comptable d'une « conscience » (un peu) malmenée. - À propos du rapport 2014 de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*

²⁷⁴⁸ Cour EDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, req. n°65192/11 et Cour EDH, 26 juin 2014, *Labassee c. France*, req. n°65941/11 ; *JCP G.*, 2014, n°28, 827, obs. B. PASTRE-BELDA ; *JCP G.*, 2014, n°28, doct. 832, chron. F. SUDRE.

²⁷⁴⁹ Cass., Ass. plénière, 3 juillet 2015, pourvois n°14-21.323 et n°15-50.002 ; *Dalloz*, 2015, p. 1773, obs. D. SINDRES ; *Dalloz*, 2015, p. 1819, obs. H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON.

²⁷⁵⁰ Cour EDH, 10 janvier 2013, *Agnelet c. France*, req. n°61198/08.

²⁷⁵¹ Les différents exemples mentionnés sont tirés du 8^{ème} rapport annuel du Comité des ministres sur la surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour.

²⁷⁵² Cour EDH, 13 octobre 2005, *Bracci c. Italie*, req. n°36822/02.

²⁷⁵³ Cour EDH, 19 octobre 2006, *Majadallah c. Italie*, req. n°62094/00.

été abandonnée du fait de l'affaire *Del rio prada* contre Espagne²⁷⁵⁴, ainsi que le confirme notamment la décision de la Cour suprême du 12 novembre 2013, le requérant détenu ayant par ailleurs été immédiatement libéré. La Cour constitutionnelle d'Albanie, enfin, a également opéré un revirement de jurisprudence – à la suite de l'affaire *Xheraj* contre Albanie²⁷⁵⁵ – autorisant ainsi la réouverture d'une procédure pénale pour défaut d'équité. La Cour suprême – dans une décision du 7 mars 2012 – a de ce fait acquitté le requérant condamné, tout en apportant des précisions importantes en matière de relevés de forclusion pour faire appel.

S'agissant ensuite des mesures générales adoptées par le législateur national à la suite d'un arrêt de condamnation, une nouvelle loi du 23 octobre 2013 peut être par exemple citée, la Belgique ayant ainsi modifié son Code de procédure pénale à la suite de l'affaire *El Haski* contre Belgique²⁷⁵⁶. En Allemagne, la loi indirectement condamnée dans le cadre de l'affaire *M.* contre Allemagne²⁷⁵⁷ a également été abolie et remplacée par une nouvelle loi du 1^{er} juin 2013 visant à modifier l'article 66c du Code pénal. Pour un dernier exemple, l'Irlande a également adopté une loi de protection de la vie pendant la grossesse le 1^{er} janvier 2014. Or, cette modification législative fait clairement suite à l'affaire *A, B et C* contre Irlande²⁷⁵⁸ et vise donc à clarifier les critères d'évaluation – donnant accès à une interruption légale de grossesse – du risque réel et sérieux pour la vie de la mère.

737. Par cette acceptation progressive de leur devoir de coopération avec la Cour de Strasbourg, les juridictions nationales européennes et, plus largement, les autorités nationales des Etats membres, s'adaptent, s'approprient même la norme conventionnelle et adoptent ainsi une « *interprétation positive, ouverte et internationaliste du principe de subsidiarité* »²⁷⁵⁹. Les récentes améliorations en matière d'exécution des arrêts sont d'ailleurs

²⁷⁵⁴ Cour EDH, Gde ch., 21 octobre 2013, *Del rio prada c. Espagne*, req. n°42750/09.

²⁷⁵⁵ Cour EDH, 29 juillet 2008, *Xheraj c. Albanie*, req. n°37959/02.

²⁷⁵⁶ Cour EDH, 25 septembre 2012, *El Haski c. Belgique*, req. n°649/08.

²⁷⁵⁷ Cour EDH, 17 décembre 2009, *M. c. Allemagne*, req. n°19359/04.

²⁷⁵⁸ Cour EDH, Gde ch., 16 décembre 2010, *A, B et C c. Irlande*, req. n°25579/05.

²⁷⁵⁹ R. DE GOUTTES, « La priorité substantielle du droit interne », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, édition Nemesis, Anthemis, 2014, p. 46.

très souvent soulignées²⁷⁶⁰, les auteurs insistant sur « *le record “ historique ” d'affaires définitivement closes* »²⁷⁶¹ sur l'année 2013.

738. Toutefois, loin de se conformer sans résistance à la jurisprudence européenne, les Etats membres ont parfois fait front pour s'opposer à l'exécution de certains arrêts²⁷⁶². Le contentieux Hirst contre Royaume-Uni est, à ce titre, particulièrement topique des tensions pouvant exister entre une Cour internationale, parfois trop audacieuse et autoritaire, et des autorités nationales toujours en quête de souveraineté et de liberté qui, en l'espèce, refusent toujours d'amender leur législation s'agissant d'un éventuel droit de vote des détenus²⁷⁶³. Le contentieux Kress contre France du 7 juin 2001²⁷⁶⁴ – s'agissant de la participation du commissaire du gouvernement au délibéré du Conseil d'Etat – avait été, lui aussi, source de vives controverses²⁷⁶⁵. Cet arrêt – dans lequel la Cour conclut à une violation du principe de l'égalité des armes – sera néanmoins exécuté par la France qui a ainsi modifié la procédure suivie devant le Conseil d'Etat et l'article R. 733-3 du Code de Justice Administrative par l'adoption du décret n°2006-964 du 1er août 2006. Ainsi que le souligne Elisabeth LAMBERT-ABDELGAWAD, « *il est important de veiller à ne pas surestimer les phénomènes d'inexécution des arrêts des juridictions internationales* »²⁷⁶⁶ tant « *le refus de principe d'un Etat d'exécuter un arrêt* »²⁷⁶⁷ – telles que les hypothèses Chypre contre

²⁷⁶⁰ Voir, par exemple, G. GONZALEZ, « Jouissance comptable d'une « conscience » (un peu) malmenée. - À propos du rapport 2014 de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G.*, 2015, n°8, 209 ; K. BLAY-GRABARCZYK, M. AFROUKH, A. SCHAHMANECHE, « Le contrôle de l'exécution des arrêts de la Cour EDH. Aspects européens : acteurs politiques et acteurs juridictionnels », *RFDA*, 2014, n°5, p. 941 et suiv. ; K. BLAY-GRABARCZYK, « Des progrès significatifs dans l'exécution des arrêts de la Cour EDH - Rapport annuel 2013 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe », *JCP G.*, 2014, n°15, 442.

²⁷⁶¹ K. BLAY-GRABARCZYK, « Des progrès significatifs dans l'exécution des arrêts de la Cour EDH. - Rapport annuel 2013 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe », *op. cit.*

²⁷⁶² Voir, par exemple, E. LAMBERT, « La pratique récente de réparation des violations de la Conv. EDH : plaidoyer pour la préservation d'un acquis remarquable », *RTDH*, 2000, p. 218 et suiv.

²⁷⁶³ Cour EDH, 24 juillet 2001, *Hirst c. Royaume-Uni*, req. n°40787/98 ; Cour EDH, Gde ch., 6 octobre 2005, *Hirst c. Royaume-Uni (N°2)*, req. n°74025/01, Rec. 2005-IX ; *JDI*, 2006, n°3, pp. 1169-1171, note M. EUDES ; Cour EDH, 23 novembre 2010, *Greens et M.T c. Royaume-Uni*, req. n°60041/08 et 60054/08 ; *JDI*, 2011, n°4, pp. 1378-1380, note X. SOUVIGNET.

²⁷⁶⁴ Cour EDH, Gde ch., 7 juin 2001, *Kress c. France*, req. n°39594/98, Rec. 2001-VI ; *RTDH*, 2004, n°58, pp. 353-364, comm. H. TIGROUDJA.

²⁷⁶⁵ Voir, par exemple, l'opinion partiellement dissidente commune aux juges WILDHABER, COSTA, PASTOR RIDRUEJO, KURIS, BIRSAN, BOTOCHAROVA et UGREKHELIDZE dans Cour EDH, Gde ch., 7 juin 2001, *Kress c. France*, *op. cit.*

²⁷⁶⁶ E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Édition du Conseil de l'Europe, 2008, p. 64.

²⁷⁶⁷ *Ibid.*, p. 66.

Turquie²⁷⁶⁸, Hirst contre Royaume-Uni²⁷⁶⁹ ou encore Ilascu contre Moldova et Russie²⁷⁷⁰ – sont « exceptionnelles »²⁷⁷¹. La Russie reste, toutefois, l'un des plus mauvais exécutants des décisions européennes avec, en 2014, 28 affaires d'importance majeure – de plus de 5 ans et sous surveillance soutenue – pendantes devant le Comité des ministres, suivie par la Turquie (17 affaires) et l'Italie (16 affaires). La Russie met d'ailleurs, en moyenne, un peu plus de 9 ans pour exécuter les arrêts de la Cour (sous surveillance standard et soutenue) tandis que la Turquie met 6 ans et l'Italie 5 ans, à côté de la France ou de la Suisse qui procèdent, en moyenne, à une exécution dans les 2 ans après le prononcé de l'arrêt²⁷⁷².

739. Par conséquent et malgré les évolutions positives, des progrès restent indéniablement à faire puisque « *les problèmes d'exécution de certains arrêts* »²⁷⁷³ continuent à être au cœur des préoccupations. La Déclaration de Bruxelles, adoptée le 27 mars 2015, insiste d'ailleurs sur la responsabilité partagée des autorités nationales et de la Cour, et travaille spécifiquement à l'amélioration de l'exécution des arrêts européens. Le rapport annuel du Comité des ministres sur la surveillance de l'exécution des arrêts en 2014, note également une augmentation des affaires sous surveillance soutenue²⁷⁷⁴ ainsi que « *la persistance de nombreux problèmes structurels et/ou complexes importants* »²⁷⁷⁵. Si les États acceptent donc de se soumettre aux arrêts et plus généralement à la jurisprudence de la Cour, le nombre d'affaires à exécuter – et donc pendantes devant le Comité des ministres – étaient encore de 10 904 affaires en 2014 pour 11 019 affaires en 2013²⁷⁷⁶. De nombreux défis attendent donc, encore, d'être relevés.

*

* *

²⁷⁶⁸ Cour EDH, Gde ch., 10 mai 2001, *Chypre c. Turquie*, req. n°25781/94, Rec. 2001-IV ; *JCP G.*, 2001, n°31, I-342, p. 1559, chron. F. SUDRE.

²⁷⁶⁹ Cour EDH, 24 juillet 2001, *Hirst c. Royaume-Uni*, *op. cit.*

²⁷⁷⁰ Cour EDH, Gde ch., 8 juillet 2004, *Ilașcu et autres c. Moldova et Russie*, req. n°48787/99, Rec. 2004-VII.

²⁷⁷¹ *Ibid.*

²⁷⁷² Moyennes calculées sur la base des statistiques fournies en 2014 dans le cadre du 8^{ème} rapport annuel du Comité des ministres.

²⁷⁷³ Discours d'ouverture de la Conférence de haut niveau sur la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme, une responsabilité partagée, les 26 et 27 mars 2015, p. 1, disponible sur : http://justice.belgium.be/fr/binaries/discours_d_ouverture_tcm421-265055.pdf.

²⁷⁷⁴ Comité des Ministres, 8^{ème} Rapport annuel (2014) sur la surveillance de l'exécution des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, 2015, p. 11.

²⁷⁷⁵ *Ibid.*, p. 12.

²⁷⁷⁶ *Ibid.*, p. 53.

740. Motivé dans le sens d'une réaffirmation du principe de subsidiarité, le renforcement de l'autorité des arrêts de la Cour participe, certes, à résorber l'engorgement du prétoire strasbourgeois puisque, en imposant aux Etats membres de mieux se conformer aux arrêts de la Cour ne les concernant pas directement, une telle autorité permet – de manière préventive – d'évacuer les futures violations²⁷⁷⁷. Toutefois, on ne peut nier que, face à l'affirmation prétorienne d'une autorité interprétative des arrêts de la Cour, le principe de subsidiarité est en tout point transformé. Parce que d'une part, une telle autorité n'est nullement reconnue par la Convention et que d'autre part, elle impose un encadrement de la liberté nationale d'appropriation du texte conventionnel, elle ne peut être considérée comme motrice d'une réaffirmation de la subsidiarité même. Elle confirme, néanmoins, la mutation de ce principe qui, non plus protecteur de la souveraineté des Etats membres, est désormais synonyme de contraintes étatiques. Vu au travers du prisme d'une renationalisation urgente du contentieux, le principe de subsidiarité supposerait donc un encadrement de l'autonomie nationale afin de mieux guider les Etats vers une rapide et correcte application de la Convention en droit interne. En effet, « *la pleine mise en œuvre de la Convention au niveau national oblige les États parties à prendre toutes les mesures nécessaires pour redresser, et de préférence prévenir, les violations. Le manquement à se conformer à la jurisprudence de la Cour, même de la part des États qui n'ont pas été parties aux différends à l'origine de la jurisprudence établie, irait à l'encontre de l'obligation [...] d'agir efficacement, promptement et de manière préventive pour garantir à toute personne les droits et libertés inscrits dans la Convention* »²⁷⁷⁸. Dans cette perspective, le renforcement de l'autorité des arrêts de la Cour contribue bien à consolider le rôle prioritaire des autorités nationales qui se saisissent de leurs responsabilités et répondent, d'autant mieux, à leur devoir de coopération, le tout au profit d'une application plus effective des droits de l'homme en Europe.

²⁷⁷⁷ La jurisprudence de la Cour serait ainsi dotée d'une force dissuasive, « *révlée par la réaction législative, réglementaire ou jurisprudentielle que doit adopter un État, sans attendre une condamnation de la Cour, pour tirer les conséquences de la jurisprudence européenne* » (J. MARCHAND, « Prévention et dissuasion dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 2014, p. 1149).

²⁷⁷⁸ Opinion concordante du juge PINTO DE ALBUQUERQUE dans l'affaire Cour EDH, Gde ch., 7 février 2013, *Fabris c. France*, req. n°16574/08 ; *AJDA*, 2013, n°31, pp. 1795-1797, chron. L. BURGORGUE-LARSEN.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2 : UNE REFORMULATION DU PRINCIPE AU SERVICE D'UNE RENATIONALISATION DU CONTENTIEUX

742. Ainsi que le suggère Jean-Claude MIGNON, président de l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, loin d'être « *victime de son succès, [la Cour] n'est-elle pas plutôt victime des défaillances au niveau national* »²⁷⁷⁹ ? Face à un engorgement sans précédent du prétoire strasbourgeois, la solution proposée est donc celle d'une réaffirmation-reformulation de la subsidiarité, non plus identifiée comme un outil de gestion du pluralisme et de protection des Etats membres, mais désormais source d'un encadrement des libertés étatiques. Cette véritable mutation du principe de subsidiarité, s'inscrivant au cœur d'une politique jurisprudentielle de responsabilisation des Etats membres, va en effet renforcer le devoir de coopération des autorités nationales et d'autant mieux les guider sur la voie d'une mise en œuvre rapide et efficace des garanties en droit interne.

743. Cette reformulation du principe, motivée par le besoin prégnant d'une renationalisation du contentieux va toutefois avoir des conséquences nuancées.

En effet, cette volonté de transférer le contentieux strasbourgeois en droit interne va emprunter, en premier lieu, la voie d'un renforcement de la capacité de filtrage de la Cour. Ce renforcement repose essentiellement sur l'adoption d'un nouveau critère de recevabilité tenant à la présence d'un préjudice important, sous peine de quoi la requête pourra être déclarée irrecevable. Certes, l'introduction d'un tel critère va indéniablement participer à réduire le nombre d'affaires pendantes devant son prétoire mais elle nous semble également particulièrement tendancieuse, dès lors qu'elle ne contribuera pas à ramener en droit interne le contentieux européen, mais à abandonner les affaires de faibles importances qui ne pourront donc plus être portées devant le juge (national ou européen). Un tel renforcement de la capacité de filtrage de la Cour nous semble donc, en ce sens, ambivalent, puisque justifié à tort sur l'argument d'une réaffirmation du principe de subsidiarité et finalement facteur d'un amoindrissement potentiel de la protection effective des droits de l'homme en Europe. Ce nouveau critère de recevabilité confirme, néanmoins, l'évolution progressive de l'office du juge européen vers un rôle de plus en plus constitutionnel. En effet, sous couvert d'une

²⁷⁷⁹ J-C. MIGNON, « Allocution d'introduction », *La conférence de Brighton*, 19 avril 2012, disponible sur : http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=http://assembly.coe.int/President/Mignon/Discours/2012/19042012_BrightonConferenceF.htm.

subsidiarité reformulée, le système de contrôle de la Cour tend à se réserver les affaires les plus importantes, présentant des problèmes majeurs d'interprétation ou d'appréciation du droit afin, à l'inverse, de laisser les autorités nationales maîtresses de la protection quotidienne des garanties conventionnelles.

Par ailleurs, cette volonté du juge européen de transférer le traitement du contentieux en droit interne s'exprime, en deuxième lieu, au travers d'un renforcement de l'autorité des arrêts de la Cour. Si la Convention européenne ne dote les arrêts européens que d'une autorité relative de la chose jugée, la Cour va quant à elle dépasser cette autorité pour finalement leur conférer une autorité jurisprudentielle. Un tel renforcement semble toutefois salubre, dans la mesure où, l'affirmation d'une autorité de la chose interprétée permet de mieux contraindre l'Etat membre à la réception des règles jurisprudentielles et participe ainsi à la bonne application de la Convention – telle qu'interprétée par la Cour – en droit interne. Parce qu'il vise, de manière indirecte mais préventive, au désengorgement du système strasbourgeois tout en préservant une protection effective des droits de l'homme au plan national, le renforcement de l'autorité des arrêts – bien que réducteur de la liberté des Etats et donc confirmatif d'une subsidiarité désormais encadrée – nous semble donc à encourager.

744. Dans tous les cas, « *la prochaine phase dans la vie de la Cour de Strasbourg pourrait [bien] être définie comme l'âge de la subsidiarité [néanmoins transformée], une phase qui sera traduite par l'engagement de la Cour à aider les États membres à véritablement ramener à la maison, les droits de l'homme* »²⁷⁸⁰.

²⁷⁸⁰ R. SPANO, « Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity », *Human Rights Law Review*, 2014, vol. 14, n°3, p. 491 (traduit par nous), disponible sur : <http://hrlr.oxfordjournals.org/content/14/3/487.full.pdf+html>.

CONCLUSION DU TITRE 2 : L'INSCRIPTION DU PRINCIPE DE SUBSIDIARITÉ AU CŒUR D'UNE POLITIQUE JURISPRUDENTIELLE DE RESPONSABILISATION DES ETATS

746. Sous-tendue par le besoin d'une renationalisation du contentieux engorgeant le prétoire strasbourgeois, la politique jurisprudentielle adoptée par la Cour vise incontestablement à consolider la responsabilité des Etats membres dans leur rôle premier et fondamental de protecteur des droits de l'homme. Or, cette politique jurisprudentielle de responsabilisation des Etats emprunte essentiellement la voie d'un renforcement du principe de subsidiarité, qui n'en reste pas moins reformulé dans le but de mieux guider les autorités nationales et ainsi favoriser une plus grande coopération de leur part.

747. En effet, « *la Cour a démontré [dans le cadre de sa jurisprudence contemporaine] sa volonté de s'en remettre à l'évaluation raisonnée et réfléchie des autorités nationales quant à leurs obligations* »²⁷⁸¹ conventionnelles. Elle les a ainsi mieux encadrées s'agissant d'une part, de la protection interne des garanties conventionnelles – la Cour imposant aux Etats le respect de certaines exigences procédurales, méthodes de contrôle, processus décisionnels – ou d'autre part, de l'exécution des décisions juridictionnelles européennes, domaine particulièrement marqué par une diminution sensible de la liberté de choix des moyens de l'Etat quant à leur obligation de se conformer aux arrêts de la Cour. Ainsi, la subsidiarité ne garantit plus – comme le souhaiteraient néanmoins les Etats membres – un respect par le juge européen de leur souveraineté et libertés. Bien au contraire, elle devient pour la Cour, un moyen de contrainte et d'encadrement des Etats membres, visant à mieux les guider dans leur rôle prioritaire de protecteur des droits et ainsi les rendre plus aptes à gérer, par eux-mêmes, le contentieux des droits de l'homme. Sur fond d'une asphyxie patente du système de contrôle, le principe de subsidiarité permettrait, par ailleurs, une transformation du rôle du juge européen qui, déchargé des affaires répétitives ou de moindres importances, pourra dès lors se concentrer – comme le ferait un juge constitutionnel – sur les questions de principe.

²⁷⁸¹ R. SPANO, « Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity », *op. cit.*, p. 491.

748. Toutefois et au-delà de ce « *conflit d'interprétation conceptuel* »²⁷⁸² – entre une subsidiarité, source d'autolimitation du juge et une subsidiarité, motrice d'un encadrement des libertés étatiques – une telle mutation de ce principe amène le juge européen à faire des choix quelque peu intrigants. En effet, une telle évolution du principe conduit progressivement à faire de la subsidiarité, un principe garant d'une protection effective des droits de l'homme. C'est ce que souligne le Professeur Gérard GONZALEZ qui explique que, « *pour la Cour, le principe de subsidiarité permet de mettre en avant la responsabilité première des Etats dans l'effectivité de la Convention* »²⁷⁸³. Là serait donc la véritable finalité de la politique jurisprudentielle du juge européen qui, si elle répond à un besoin urgent de renationalisation du contentieux européen et vise à responsabiliser – par voie de contraintes – les Etats membres, implique également dans un dernier temps, d'accorder toute confiance à leurs autorités nationales normalement mieux placées qu'elle pour intervenir dans la gestion des conflits nationaux et ainsi offrir une protection effective des garanties conventionnelles.

²⁷⁸² G. GONZALEZ, « Rêveries aquatiques sur le devenir de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G.*, 2012, n°19, p. 568.

²⁷⁸³ *Ibid.*

CONCLUSION DE LA PARTIE 2 : LA MISE EN ŒUVRE STRATÉGIQUE DU PRINCIPE DE SUBSIDIARITÉ

750. La mise en œuvre du principe de subsidiarité – par nature flou et ambigu – en droit de la Convention européenne, apparaît, à première vue, des plus aléatoires.

En effet, la jurisprudence strasbourgeoise atteste d'une utilisation fluctuante, par le juge européen, des techniques traditionnelles d'expression de la subsidiarité. Il en va ainsi s'agissant notamment du critère du dénominateur commun qui, d'une part, reste incertain et imprécis quant au degré de consensus requis par le juge européen et, d'autre part, voit ses implications sur l'étendue de la marge nationale d'appréciation varier au gré du bon vouloir de ce même juge. En découle donc une instrumentalisation du principe de subsidiarité, que l'on croyait essentiellement mobilisée dans le sens d'un refoulement de la subsidiarité – même en l'absence de dénominateur commun – mais qui se confirme finalement – depuis ces dernières années – comme étant tout autant sinon plus marquée sur le terrain d'une reconnaissance du principe, et ce, même en la présence d'une convergence entre Etats membres. Néanmoins et contrairement à ce qu'une telle manipulation des critères pourrait laisser présager, l'application du principe de subsidiarité n'est pour autant pas totalement libre mais répond à une possible systématisation nous ayant ainsi conduit à identifier les « nouveaux » paramètres de variation du principe que sont donc, le domaine de l'affaire combiné à celui de la nature du but légitime poursuivi.

L'instrumentalisation du principe de subsidiarité s'exprime donc, également, au travers de la redéfinition de ses conditions d'application. En effet, privilégier des critères – tel que celui du domaine de l'affaire – permet très certainement à la Cour de Strasbourg d'opérer un choix tactique et volontaire, consistant à éviter les contentieux les plus délicats et ainsi faire preuve de retenue sur les sujets sensibles où elle ne souhaite pas prendre position. Autrefois neutralisé au profit d'un activisme judiciaire, le principe de subsidiarité semble donc désormais surprotégé, que cela soit, malgré la présence – ignorée – d'un consensus entre Etats ou bien, grâce à la nature du but légitime ou du domaine de l'affaire en cause. Une telle mise en œuvre du principe nous semble, toutefois, se justifier au regard de la politique jurisprudentielle actuelle du juge européen.

751. Depuis les années 2010 et les diverses conférences sur l'avenir de la Cour, les évolutions politiques et jurisprudentielles du système européen témoignent, en effet, d'une valorisation du principe de subsidiarité. Si bien que l'avocat général Régis DE GOUTTES par exemple, considère qu'une 3^{ème} phase s'amorce dans l'évolution de la subsidiarité et qu'elle « *marque le retour à une conception du principe [...] plus tournée vers la marge nationale d'appréciation* »²⁷⁸⁴. Toutefois, ces propos nous semblent devoir être nuancés dans la mesure où les changements ne se limiteraient pas à une simple réaffirmation du principe, mais s'accompagneraient, au contraire, d'une véritable mutation de celui-ci.

752. En effet, il est indéniable que la Cour cherche, désormais, à inscrire le principe de subsidiarité au cœur de sa politique jurisprudentielle de responsabilisation des États. Parce que ce sont eux les premiers acteurs du droit européen, parce que les juges nationaux sont les juges de droit commun de la Convention et parce que les autorités nationales sont les mieux placées pour intervenir – de manière rapide et efficace – dans la protection des droits de l'homme, la Cour opte donc pour la voie d'une consolidation de leurs fonctions. Poussée, par ailleurs, par l'engorgement sans précédent du système européen qui n'a finalement pour solution qu'un transfert urgent des requêtes en droit interne, elle œuvre donc pour faire de la subsidiarité l'outil d'un encadrement de la liberté des États membres. Cette subsidiarité conventionnelle, à l'origine protectrice de l'autonomie nationale et du pluralisme, tend en effet à devenir un principe particulièrement contraignant, visant à guider et orienter les autorités nationales dans la protection effective des droits de l'homme au plan national. Ces États, ainsi encadrés dans leur rôle prioritaire de protecteur des droits – que cela soit en amont ou en aval du contrôle européen – seront naturellement plus aptes et responsables dans l'accomplissement de leur mission naturelle. Nous rejoignons donc l'avis du Professeur David SZYMCZAK qui voit, dans cette transformation du principe, une troisième phase de retour à la « *subsidiarité-préservation* »²⁷⁸⁵ à l'exception du fait, tout de même, qu'il ne s'agit plus seulement d'une préservation des États mais également du système lui-même. Cette mise à l'honneur du principe de subsidiarité n'est donc pas anodine. Elle dénote, au contraire, un changement de paradigme puisque, sous couvert d'une subsidiarité renforcée, la Cour vient encadrer l'autonomie des États membres et initier, *in fine*, une réorganisation du système de

²⁷⁸⁴ R. DE GOUTTES, « La priorité substantielle du droit interne », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, édition Nemesis, Anthemis, 2014, p. 43.

²⁷⁸⁵ D. SZYMCZAK, « Rapport introductif : Le principe de subsidiarité dans tous ses états », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, édition Nemesis, Anthemis, 2014, p. 35 et suiv.

contrôle visant à faire du principe de subsidiarité, le principal garant d'une effectivité des droits de l'homme.

CONCLUSION GENERALE

754. Arrivés au terme de cette étude portant sur le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme, le postulat de recherche – selon lequel le principe de subsidiarité devrait être un principe directeur guidant l'interprétation de la Convention et le contrôle de la Cour, principe qui n'apparaît pourtant être – en pratique – qu'un outil de variation dans l'étendue du contrôle européen, un principe à la disposition finalement du juge strasbourgeois – s'est en majeure partie vérifié. Le principe de subsidiarité se présente, en effet, comme un principe fondamentalement ambigu, que cela soit en raison d'une part, de l'hétérogénéité des sens du principe et donc de son insaisissabilité en droit – particulièrement en droit européen des droits de l'homme où, du fait de son origine prétorienne, il ne fait l'objet d'aucune définition précise – ou en raison d'autre part, de sa nature et juridicité controversées.

755. Cela étant, malgré le constat d'une ambiguïté du principe et de sa nature faiblement déterminée en droit européen, la subsidiarité n'en reste pas moins un principe phare, un principe directeur même, du droit de la Convention européenne. C'est en effet lui qui est au cœur du système de protection des droits de l'homme et qui guide d'une part – en tant que principe de structuration – l'organisation et le fonctionnement du système conventionnel et qui oriente d'autre part – en tant que principe de conciliation des objectifs poursuivis par le juge européen – l'office et le contrôle du juge de Strasbourg. Parce que naturellement ambigu mais néanmoins directeur du droit européen, le principe de subsidiarité se dessine ainsi comme un principe souple et malléable, par conséquent, adaptable.

756. A la question : n'est-ce donc pas – malgré sa qualité de principe directeur du droit – un outil à la libre disposition du juge européen, la réponse est donc double. Tout d'abord, parce que le principe de subsidiarité garantit au juge, une marge de liberté évidente et que son indéterminisme lui permet de ne pas s'enfermer dans des carcans dont il ne pourrait se libérer, le caractère fondamentalement ambigu – mais néanmoins directeur – du principe de subsidiarité, débouche sur une application inévitablement variable et souvent instrumentalisée de celui-ci. Ainsi appréhendé, le principe de subsidiarité se présente donc bien comme un élément de variation de l'étendue du contrôle européen, comme un principe faisant l'objet d'une utilisation libre, permettant donc de faire osciller la jurisprudence entre retenue

excessive et activisme manifeste. Là est d'ailleurs toute la force du principe de subsidiarité²⁷⁸⁶. En effet, parce qu'il n'est pas véritablement contraignant mais vise seulement à orienter le contrôle du juge selon les objectifs à atteindre, son rôle de principe-guide du droit européen n'apparaît finalement pas incompatible avec l'application essentiellement libre qu'en fait le juge européen. En d'autres termes, le constat d'une libre utilisation, d'une instrumentalisation même parfois du principe, ne remettrait donc pas fondamentalement en cause sa nature même de principe directeur du droit.

757. Toutefois et contrairement à ce que nous pensions en début de recherche, cette instrumentalisation du principe n'est plus vraiment synonyme d'un amoindrissement de la subsidiarité conventionnelle, longtemps envisagée comme un principe en péril, souffrant – au vu du dynamisme européen – d'une effectivité neutralisée. Au contraire, les évolutions politiques et jurisprudentielles de ces quatre dernières années, semblent avoir eu pour conséquence d'inverser la tendance et d'ainsi renforcer la prise en compte du principe de subsidiarité dans la jurisprudence européenne. Nombreux sont d'ailleurs les auteurs qui dressent le constat d'une application consolidée du principe de subsidiarité. La doctrine parle, en effet, d'une « *redécouverte des bienfaits pacificateurs de la subsidiarité* »²⁷⁸⁷, de Strasbourg entrant dans « *l'âge de la subsidiarité* »²⁷⁸⁸, parfois même d'une « *apologie* »²⁷⁸⁹ de ce principe conduisant ainsi à « *une réorientation de la politique jurisprudentielle vers plus de retenue* »²⁷⁹⁰ ou, pour le dire autrement, à « *un recadrage de l'office du juge européen* »²⁷⁹¹.

758. Ainsi, dans le contexte d'un engorgement sans précédent du système strasbourgeois, la jurisprudence européenne contemporaine, poussée par les différentes conférences sur l'avenir de la Cour, tend à faire preuve d'un self-restraint inattendu et justifié

²⁷⁸⁶ Voir, par exemple, M. SCHMITT, *Autonomie collective des partenaires sociaux et principe de subsidiarité dans l'ordre juridique communautaire*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2009, p. 102 : « *le paradoxe apparent entre la protection de l'autonomie et l'intervention de l'hétéronomie constitue la force du principe* » de subsidiarité.

²⁷⁸⁷ G. GONZALEZ, « Un honnête cru bourgeois – A propos du rapport annuel 2011 de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G.*, 2012, n°9, 233.

²⁷⁸⁸ R. SPANO, « Universality or Diversity of Human Rights ? Strasbourg in the Age of Subsidiarity », *Human Rights Law Review*, 2014, vol. 14, n°3, pp. 487-502.

²⁷⁸⁹ L. BURGOGUE-LARSEN, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2014, p. 1763.

²⁷⁹⁰ B. PASTRE-BELDA, « La Cour européenne des droits de l'homme – Entre promotion de la subsidiarité et protection effective des droits », *RTDH*, 2013, n°94, p. 251.

²⁷⁹¹ F. SUDRE, « Le recadrage de l'office du juge européen », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, édition Nemesis, Anthemis, 2014, p. 239 et suiv.

sur le fondement d'une réaffirmation – directe ou indirecte – du principe de subsidiarité. Dans de nombreuses affaires – Lautsi et autres contre Italie²⁷⁹², Stummer contre Autriche²⁷⁹³, Mouvement Raëlien suisse contre Suisse²⁷⁹⁴, ou encore Hassan²⁷⁹⁵, Austin²⁷⁹⁶ et Hutchinson²⁷⁹⁷ contre Royaume-Uni pour ne citer qu'elles – la Cour use et abuse du principe de subsidiarité pour conférer à l'Etat une large marge d'appréciation et conclure, de ce fait, à une absence de violation de la Convention. La jurisprudence européenne est ainsi de plus en plus respectueuse de l'appréciation délivrée par les juridictions nationales²⁷⁹⁸. Mais si la négation du principe peut entraîner une marginalisation du pluralisme et si l'attitude de self-restraint présente, de manière générale, des avantages indéniables, elle ne doit toutefois pas être « contre-productive » et conduire, en ce sens, à une régression de la protection des droits. Ainsi, le juge européen n'est alors plus critiqué pour son activisme excessif mais pour son autolimitation quelque fois abusive, pour son « *abdication* »²⁷⁹⁹ même parfois. Ce revirement de politique jurisprudentielle s'est d'ailleurs vu consolidé par l'introduction prochaine de la doctrine de la marge et du principe de subsidiarité dans le préambule même de la Convention, passant alors du rang jurisprudentiel au rang « constitutionnel ». Le Protocole n°15 fait par ailleurs de la technique de la marge, non plus un outil jurisprudentiel à disposition de la Cour, mais bien un instrument conventionnel à destination des Etats membres « *quant à la façon dont ils appliquent et mettent en œuvre la Convention* »²⁸⁰⁰. Le Protocole n°15 serait ainsi la marque d'« *une consécration de la restriction de l'intervention de la Cour* »²⁸⁰¹. En effet, ce « *changement de nature de la marge nationale d'appréciation fait craindre un repli du*

²⁷⁹² Cour EDH, Gde ch., 18 mars 2011, *Lautsi et Autres c. Italie*, req. n°30814/06 ; *JCP G.*, 2011, n°20, 601, note G. GONZALEZ.

²⁷⁹³ Cour EDH, Gde ch., 7 juillet 2011, *Stummer c. Autriche*, req. n°37452/02, Rec. 2011 ; *JCP G.*, n°4, 2012, doct. 87, chron. F. SUDRE.

²⁷⁹⁴ Cour EDH, Gde ch., 13 juillet 2012, *Mouvement Raëlien Suisse c. Suisse*, req. n°16354/06, Rec. 2012 ; *JCP G.*, 2012, n°37, 971, obs. C. PICHERAL.

²⁷⁹⁵ Cour EDH, Gde ch., 19 septembre 2014, *Hassan c. Royaume-Uni*, req. n°29750/09 ; *JCP G.*, 2014, n°41, 1022, obs. B. PASTRE-BELDA ; *RTDH*, 2015, n°102, comm. P. FRUMER.

²⁷⁹⁶ Cour EDH, Gde ch., 15 mars 2012, *Austin et autres c. Royaume-Uni*, req. n°39692/09 et al., Rec. 2012 ; *JCP G.*, 2012, n°15, 455, obs. F. SUDRE ; *JDI*, 2013, n°4, pp. 1229-1233, note A. SCHILL.

²⁷⁹⁷ Cour EDH, 3 février 2015, *Hutchinson c. Royaume-Uni*, req. n°57592/08 ; *JCP G.*, 2015, n°7, 195, obs. G. GONZALEZ.

²⁷⁹⁸ Voir, parmi d'autres, Cour EDH, Gde ch., 15 oct. 2015, *Kudrevicius et al. c. Lituanie*, req. n°37553/05 ; *JCP G.*, 2015, n°46-47, 1251, obs. K. BLAY-GRABARCZYK ; Cour EDH, 6 octobre 2015, *Alouache c. France*, req. n°28724/11 ; *JCP G.*, 2015, n°44, 1181, obs. G. GONZALEZ ; Cour EDH, Gde ch., 20 oct. 2015, *Pentikäinen c. Finlande*, req. n°11882/10 ; *JCP G.*, 2015, n°46-47, 1253, obs. B. PASTRE-BELDA.

²⁷⁹⁹ G. GONZALEZ, « Rebondissement sur les peines perpétuelles incompressibles », *JCP G.*, 2015, n°7, 195.

²⁸⁰⁰ Rapport explicatif du protocole n°15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, point 9.

²⁸⁰¹ F. TULKENS, « Conclusions générales », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, édition Nemesis, Anthemis, 2014, p. 398.

contrôle de la Cour, tel que le principe de subsidiarité assimilé à la marge d'appréciation, marquerait un recul de la protection conventionnelle »²⁸⁰².

759. Rappelons à ce titre qu'au regard notamment de la célèbre Affaire Linguistique Belge²⁸⁰³, le principe de subsidiarité se dessine, avant tout, comme le protecteur de la souveraineté et liberté des Etats, et engendre donc diverses conséquences dont l'essentielle implique une définition du rôle secondaire du juge européen dans la protection des droits et libertés. Le principe de subsidiarité invite ainsi la Cour à faire preuve de retenue, cette dernière n'étant compétente qu'en cas de défaillance des autorités nationales dans la protection interne des garanties. Suivant une telle lecture, le principe de subsidiarité se présente donc, dans la jurisprudence de la Cour européenne, comme une limite quasi-naturelle au second principe phare de la Convention : celui de l'effectivité des droits (§. 1). En effet, parce qu'il restreint l'intervention du contrôle de la Cour, parce qu'il lui interdit de s'ériger en une instance d'appel des décisions judiciaires nationales ou de prononcer des injonctions aux autorités nationales quant aux mesures à prendre pour se conformer aux arrêts de la Cour, le principe de subsidiarité vient normalement encadrer la décision juridictionnelle européenne et, par là même, limiter le dynamisme européen néanmoins source d'une protection accrue des droits des justiciables.

760. Toutefois, la présente recherche a permis de démontrer que la mise en œuvre du principe de subsidiarité s'inscrivait désormais au cœur d'une politique jurisprudentielle de responsabilisation des Etats membres. Le juge européen, accompagné par les diverses réformes contemporaines et motivé par l'urgence d'un désengorgement de son prétoire, a en effet œuvré à la mutation du principe, initialement protecteur de l'autonomie nationale et désormais source d'un encadrement des libertés étatiques. De par sa malléabilité mais aussi adaptabilité, le principe de subsidiarité a donc été remodelé par le juge européen, de manière à ce qu'un rapprochement des principes – conduisant à faire de la subsidiarité un principe non plus concurrent mais bien garant de l'effectivité – soit de nouveau envisageable (§. 2). Des doutes et inquiétudes quant à la réalité et qualité de la protection promise, subsistent néanmoins.

²⁸⁰² F. SUDRE, « Le recadrage de l'office du juge européen », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 253.

²⁸⁰³ Cour EDH, 23 juillet 1968, *Affaire "relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique" c. Belgique*, req. n°1474/62, série A n°6, § 10 ; *GACEDH*, n°9 ; *JT*, 1969, pp. 381-385, obs. J. LEPAFFE.

§1- La confrontation habituelle des principes d'effectivité et de subsidiarité

761. Parce que l'un tend à « *préserver l'autonomie – voire la souveraineté – des Etats* », et que l'autre « *veille à l'effectivité de la garantie européenne* »²⁸⁰⁴, les principes de subsidiarité et d'effectivité semblent naturellement opposés. Tout aussi légitime et nécessaire que le caractère subsidiaire du système, le principe d'effectivité – parce qu'il permet de garantir une protection concrète et effective des droits de l'homme en Europe (A) – se présente, dans la jurisprudence européenne, comme le « *contrepoids* »²⁸⁰⁵ du principe de subsidiarité. Réciproquement, « *la subsidiarité apparaît comme une limite à l'effectivité avec laquelle la Cour européenne des droits de l'homme [doit] remplir son office* »²⁸⁰⁶. Se dessine ainsi l'opposition dialectique de ces deux principes directeurs du droit européen (B).

A- La recherche légitime d'une protection concrète et effective des droits de l'homme

762. Tiré de la très célèbre formule selon laquelle « *la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs* »²⁸⁰⁷, le principe d'effectivité est, à l'exemple de la subsidiarité, un principe d'origine jurisprudentiel dégagé par la Cour, elle-même, dans l'affaire Airey contre Irlande du 9 octobre 1979. Toutefois, l'assimilation des deux principes s'arrête bien là. En effet, la notion d'effectivité doit être comprise comme « *le caractère d'une règle de droit qui produit l'effet voulu, qui est appliquée réellement* »²⁸⁰⁸ et correspond ainsi, de manière générale, à une recherche des plus logiques en droit, celle de ne pas laisser lettre morte les dispositions mêmes d'un texte

²⁸⁰⁴ D. SZYMCAK, « Rapport introductif : Le principe de subsidiarité dans tous ses états », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, édition Nemesis, Anthemis, 2014, p. 32.

²⁸⁰⁵ Note du jurisconsulte de la Cour européenne, sur le « Principe de subsidiarité », dans le cadre du *Suivi d'Interlaken*, 8 juillet 2012, p. 5, disponible sur :

http://www.echr.coe.int/Documents/2010_Interlaken_Follow-up_FRA.pdf. Voir également A. KOVLER, « La Cour européenne des droits de l'homme face à la souveraineté d'Etat », *L'Europe en formation*, 2013, n°368, p. 212.

²⁸⁰⁶ O. DE SCHUTTER, « La subsidiarité dans la Convention européenne des droits de l'homme : la dimension procédurale », in M. VERDUSSEN (dir.), *L'Europe de la subsidiarité*, Bruylant, 2000, p. 130.

²⁸⁰⁷ Cour EDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, req. n°6289/73, série A n°32, § 24 ; *GACEDH*, n°2.

²⁸⁰⁸ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 10^{ème} édition, 2014.

juridique²⁸⁰⁹, de la Convention européenne présentement. Si cette problématique intéresse donc la protection des droits au sens large, elle est d'autant plus légitime en droit européen où le préambule vise directement – *via* la référence à la Déclaration universelle des droits de l'homme – l'objectif d'une « *reconnaissance et application universelles et effectives des droits qui y sont énoncés* ».

763. Toutefois, les fondements du principe d'effectivité doivent être recherchés dans la jurisprudence de la Cour qui affirme et présente ce principe comme un moyen d'atteindre l'objet et le but de la Convention. Ainsi que l'explique le juge, « *l'objet et le but de cet instrument de protection des êtres humains appellent à comprendre et appliquer ses dispositions d'une manière qui en rende les exigences concrètes et effectives* »²⁸¹⁰. L'effectivité des droits relève donc d'une interprétation téléologique de la Convention et participe ainsi à garantir l'effet utile de ce texte protecteur des droits de l'homme. Il se voit par ailleurs corroboré par la nature évolutive des droits garantis. Ainsi, la Cour affirme qu'« *il est d'une importance cruciale que la Convention soit interprétée et appliquée d'une manière qui en rende les droits pratiques et effectifs [... et que], si la Cour devait faillir à maintenir une approche dynamique et évolutive, pareille attitude risquerait de faire obstacle à toute réforme ou amélioration* »²⁸¹¹. De la même manière, elle explique qu'« *eu égard au but de la Convention qui est de protéger des droits concrets et effectifs, elle pourra aussi prendre en considération [...] les conceptions prévalant de nos jours dans les Etats démocratiques* »²⁸¹². L'interprétation évolutive²⁸¹³ apparaît donc comme un outil d'affirmation du principe d'effectivité. Ainsi, au profit d'une protection effective du droit au respect de la vie familiale, la Cour va par exemple développer dans un arrêt X et autres contre Autriche du 19 février 2013²⁸¹⁴, une lecture évolutive de l'article 8 combiné à l'article 14 de la Convention. Dans cette affaire portant sur la question de l'adoption coparentale entre deux personnes de même sexe, la Cour va en effet imposer à l'État de « *choisir les mesures à prendre au titre de l'article 8 [...] en tenant compte de l'évolution de la société ainsi que des changements qui se*

²⁸⁰⁹ Pour une analyse théorique, voir notamment V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », in V. CHAMPEIL-DESPLATS et D. LOCHAK (dir.), *A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Presses universitaires de Paris 10, 2008, p. 11 et suiv.

²⁸¹⁰ Cour EDH, 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, req. n°14038/88, § 87 ; *GACEDH*, n°16.

²⁸¹¹ Cour EDH, Gde ch., 28 mai 2002, *Stafford c. Royaume-Uni*, req. n°46295/99, § 68.

²⁸¹² Cour EDH, 22 juin 2000, *Coeme et autres c. Belgique*, req. n°32492/96 et al., § 145.

²⁸¹³ Dégagé par la Cour dans Cour EDH, 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, req. n°5856/72, § 31 : « *la Convention est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles* » (*AFDI*, 1978, pp. 400-402, comm. R. PELLOUX).

²⁸¹⁴ Cour EDH, Gde ch., 19 février 2013, *X. et autres c. Autriche*, req. n°19010/07 ; *JCP G.*, 2013, n°29, doct. 855, chron. F. SUDRE ; *RTD Civ.*, 2013, n°2, pp. 329-333, note J-P. MARGUENAUD.

font jour dans la manière de percevoir les questions de société, d'état civil et d'ordre relationnel »²⁸¹⁵. Or, sous couvert d'une protection effective des droits de l'homme et alors même qu'aucun consensus entre les Etats membres ne se fait encore jour, la Cour vient ici « *précéder* », voire même « *imposer* », les changements censés n'être qu'accompagnés par l'interprétation évolutive²⁸¹⁶ et ainsi considérer que l'exclusion des couples homosexuels du champ de l'adoption coparentale est contraire à la Convention. En développant une appréciation du texte à la lumière des conditions, non plus d'aujourd'hui mais de demain²⁸¹⁷, elle favorise certes, une lecture concrète et effective des garanties conventionnelles, en contrariété néanmoins avec l'attitude de retenue que lui prescrit normalement le caractère subsidiaire de son contrôle. Puisqu'il invite la Cour à pratiquer un contrôle accru des droits proclamés, le principe d'effectivité apparaît donc comme le pendant opposé au principe de subsidiarité.

764. En effet, l'« *exigence d'effectivité conduit le juge européen dans la voie d'une interprétation dynamique de la Convention* »²⁸¹⁸. C'est également l'exigence d'effectivité qui commandera « *une interprétation extensive et évolutive des devoirs qui leur sont corrélatifs, jusqu'à imposer des obligations positives d'adopter des actes permettant l'épanouissement de ces droits et libertés, y compris dans les relations interindividuelles* »²⁸¹⁹. Le principe d'effectivité va alors pousser la Cour à dépasser les limites conventionnelles, à faire preuve d'audace et de courage afin d'offrir aux justiciables une lecture protectrice, évolutive, parfois même constructive, de la Convention. Il conduira ainsi la Cour à développer des moyens utiles et innovants de contrôle afin de ne pas se laisser progressivement « scléroser » par un texte né il y a plus de 60 ans. Pour ne pas être contrainte de déclarer un article inapplicable, elle étendra ainsi le champ d'application dudit droit en affirmant, par exemple, que « *le droit consacré par l'article 11 se révélerait éminemment théorique et illusoire s'il ne couvrait que la fondation d'une association, les autorités nationales pouvant aussitôt mettre fin à son existence sans avoir à se conformer à la Convention. Il en découle que la protection de l'article 11 s'étend à toute la durée de vie des associations, leur dissolution par les autorités*

²⁸¹⁵ *Ibid.*, § 139.

²⁸¹⁶ Opinion partiellement dissidente commune aux juges CASADEVALL, ZIEMELE, KOVLER, JOČIENĚ, ŠIKUTA, DE GAETANO et SICILIANOS, § 23, sous Cour EDH, Gde ch., 19 février 2013, *X. et autres c. Autriche*, *op. cit.*

²⁸¹⁷ *Ibid.*

²⁸¹⁸ F. SUDRE, « Le recadrage de l'office du juge européen, *op. cit.*, p. 241.

²⁸¹⁹ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme, Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, 2001, p. 620.

d'un pays devant, en conséquence, satisfaire aux exigences du paragraphe 2 de cette disposition. En conclusion, l'article 11 s'applique aux faits de la cause »²⁸²⁰. C'est également lui qui encourage la Cour à contrôler au-delà des seules apparences, de manière à ce qu'« en l'absence d'une expropriation formelle, c'est-à-dire d'un transfert de propriété, [elle] s'estime tenue de regarder au-delà des apparences et d'analyser les réalités de la situation. La Convention visant à protéger des droits "concrets et effectifs", il importe de rechercher si ladite situation n'équivalait pas à une expropriation de fait, comme le prétendent les intéressés »²⁸²¹. Le principe d'effectivité, parce que moteur d'activisme judiciaire d'une part, et parce que tout aussi légitime que le principe de subsidiarité d'autre part, se dessine donc dans la jurisprudence européenne comme le concurrent ou le contrepoids naturel de la subsidiarité.

B- L'opposition dialectique de ces deux principes directeurs du droit européen

765. De par ses qualités et fonctions, « le principe de subsidiarité rencontr[e] naturellement comme limite, celui de l'effectivité des droits et libertés garantis par la Convention »²⁸²². Le principe d'effectivité – dont la caractéristique essentielle est d'être moteur d'activisme judiciaire et non de self-restraint – est, en effet, au même titre que la subsidiarité, un principe directeur du droit européen²⁸²³. Défini par le Professeur François OST comme « la méta-règle essentielle qui gouverne la jurisprudence européenne »²⁸²⁴, il est en effet un « principe fondamental »²⁸²⁵, un principe au cœur ou « inhérent à tout le système

²⁸²⁰ Cour EDH, Gde ch., 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie et autres contre Turquie*, req. n°19392/92, Rec. 1998-I, § 33 ; *GACEDH*, n°6 ; *RTDH*, 1999, n°38, pp. 301-350, comm. B. DUARTE ; *JDI*, 1999, n°1, pp. 213-215, note S. WOHLFAHRT. Voir également Cour EDH, Gde ch., 29 avril 1999, *Chassagnou c. France*, req. n°25088/94, Rec. 1999-III ; *GACEDH*, n°69.

²⁸²¹ Cour EDH, 23 septembre 1982, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, req. n°7151/75, série A n°52, § 63 ; *GACEDH*, n°67 ; *JDI*, 1985, p. 205, obs. V. COUSSIRAT-COUSTERE, confirmé notamment par Cour EDH, 31 octobre 1995, *Papamichalopoulos et al. c. Grèce*, req. n°14556/89, série A n°330-B ; *GACEDH*, n°75 ; *RTDH*, 1997, n°31, pp. 477-492, obs. M-A. BEERNAERT ; *AFDI*, 1995, 503, chron. V. COUSSIRAT-COUSTERE.

²⁸²² M. LEVINET, *Théorie générale des droits et libertés*, LGDJ, 4^{ème} édition, 2012, p. 272.

²⁸²³ Voir, en ce sens, F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 12^{ème} édition, 2015, p. 232 et suiv.

²⁸²⁴ F. OST, « Originalité des méthodes d'interprétation de la CEDH », in M. DELMAS-MARTY, *Raisonnement la raison d'Etat*, PUF, 1989, p. 444.

²⁸²⁵ F. TULKENS, « Conclusions générales », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, édition Nemesis, Anthemis, 2014, p. 405.

de la Convention »²⁸²⁶ et se présente, de ce fait, comme le second pilier sur lequel repose le système européen²⁸²⁷. L'opposition dialectique entre ces deux principes se matérialise donc, au regard de la dimension fonctionnelle de ceux-ci, dès lors que l'un – le principe de subsidiarité – vise surtout la protection des intérêts étatiques, du pluralisme et de l'autonomie nationale et que l'autre – le principe d'effectivité – vise la protection des intérêts individuels ou collectifs de l'homme et participe au développement des garanties conventionnelles.

766. Ainsi, la Cour confrontera régulièrement ces deux principes de manière à dégager la solution la plus juste et adaptée, affirmant par exemple que « *le principe de subsidiarité ne signifie pas qu'il faille renoncer à tout contrôle sur le résultat obtenu du fait de l'utilisation de la voie de recours interne, sous peine de vider les droits garantis par l'article 6 § 1 de toute substance. A cet égard, il y a lieu de rappeler que la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs* »²⁸²⁸. Toute la difficulté du contrôle du juge résidera donc dans le développement d'une approche permettant « *de ménager un équilibre entre le principe de subsidiarité et l'effectivité du mécanisme de la Convention* »²⁸²⁹, optant, en l'espèce, pour une appréciation globale de la procédure, afin de déterminer si le requérant doit ou non se voir retirer sa qualité de victime du fait du redressement de la violation en droit interne. Ainsi, parce « *ces principes interprétatifs [de subsidiarité et d'effectivité] sont souvent concurrents, donc difficilement conciliables* »²⁸³⁰ et qu'ils « *offrent une grande latitude au juge dans le choix de la solution* »²⁸³¹, le contrôle européen oscillera tout aussi bien entre retenue excessive et audace manifeste.

767. Par conséquent, la Cour serait-elle nécessairement prise en étau entre une subsidiarité-conservatrice et une effectivité-progressiste, entre faire preuve d'attentisme, notamment sur des questions sensibles telles que l'avortement, l'euthanasie, l'aide à la procréation médicalement assistée, ou à l'inverse, d'audace pour ainsi accompagner la progression des droits au risque, néanmoins, de contrarier les Etats ? L'effectivité de la

²⁸²⁶ Cour EDH, Gde ch., 16 mars 2006, *Zdanoka c. Lettonie*, req. n°58278/00, Rec. 2006-IV, § 82 ; *GACEDH*, n°65 ; *RTDH*, 2008, n°73, pp. 195-222, comm. F. JACQUEMOT (affaire renvoyée en grande chambre).

²⁸²⁷ J-P. COSTA, « Intervention introductive » à la conférence devant le Conseil d'Etat, le 19 avril 2010 : « *Le principe de subsidiarité n'est pas le seul principe fondamental de la Convention. Il existe un deuxième pilier sur lequel repose également le système de Strasbourg, celui de l'effectivité des droits* ».

²⁸²⁸ Cour EDH, Gde ch., 29 mars 2006, *Mostacciolo Giuseppe c. Italie (n°2)*, req. n°65102/01, § 81.

²⁸²⁹ Cour EDH, Gde ch., *Saknovski c. Russie*, req. n°21272/03, § 83 ; Cour EDH, 9 avril 2013, *Flueras c. Roumanie*, req. n°17520/04, § 48.

²⁸³⁰ O. DE SCHUTTER, « L'interprétation de la Convention européenne : essai en démolition », *RDISDP*, 1992, p. 91.

²⁸³¹ *Ibid.*

protection des droits, doit-elle être nécessairement réduite lorsque la Cour opte pour une autolimitation de son office et privilégie une lecture subsidiaire de son contrôle ? Car il est clair que si le renforcement de la subsidiarité doit être synonyme d'un amoindrissement de la protection effective, alors la Cour se doit de « *résister, dans le vrai sens du terme, car elle est, dans de nombreuses situations, la dernière ligne de protection* »²⁸³².

768. Néanmoins et ainsi que le souligne une thèse de doctorat, « *les principes d'effectivité et de souveraineté [subsidiarité], a priori, concurrents, ont une valeur relative et conditionnelle et se bornent à donner à la Cour une raison qui milite en faveur d'un type de solution, sans pour autant la contraindre à une décision particulière. De surcroît, l'application d'un principe n'a pas pour effet de priver l'autre de sa validité* »²⁸³³. Mais plus encore, ne serait-il pas possible de dépasser cette vision des principes, appréhendés tels des vases communicants dont le renforcement de l'un signifie automatiquement l'affaiblissement de l'autre ? Cette concurrence entre principes ne pourrait-elle pas se voir conciliée, si bien que la subsidiarité serait alors envisagée, non plus comme concurrente mais, au contraire, garante d'une effectivité des droits ? Face à l'asphyxie du système européen et à la quête d'une renationalisation urgente du contentieux européen, *via* une réaffirmation du caractère subsidiaire du contrôle de Strasbourg, une telle conciliation des principes apparaît désormais envisageable.

§2- Une conciliation nécessaire des principes d'effectivité et de subsidiarité

769. A l'aune de la jurisprudence contemporaine et des transformations apportées au principe de subsidiarité, une nouvelle lecture de la dialectique subsidiarité-effectivité semble, en effet, autorisée. Cette lecture, finalement plus conforme à la notion même de subsidiarité, supposerait alors d'appréhender ce principe, non plus comme concurrent mais comme garant de l'effectivité des droits. Une telle approche apparaît en effet possible dans la mesure où la Cour a progressivement transformé le principe de subsidiarité de manière à ce que – moteur d'une responsabilisation des Etats membres – il vise l'encadrement des libertés nationales et favorise, *in fine*, une protection effective des droits de l'homme au plan national. En d'autres

²⁸³² F. TULKENS, « Conclusions générales », *op. cit.*, p. 407.

²⁸³³ B. DELZANGLES, *Activisme et autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, Fondation Varenne, 2009, p. 283 (souligné par nous).

termes, la mutation du principe de subsidiarité participerait donc à affirmer la contribution de ce dernier à la garantie d'une effectivité de la protection des droits de l'homme. Rien de plus logique finalement puisque « *le principe de subsidiarité et le principe d'effectivité sont les deux faces d'une même médaille, celle dont la devise est inscrite au frontispice de la Convention européenne des droits de l'Homme : assurer " la sauvegarde et le développement " des droits fondamentaux* »²⁸³⁴. En effet, de par la mutation du principe de subsidiarité, la Cour européenne – encouragée par la nécessité d'un dégorgement de son prétoire – tend à faire de la subsidiarité-encadrée, un principe garant d'une protection effective des droits (A). Des doutes et interrogations quant à la pérennité d'une telle approche subsistent néanmoins (B).

A- La (ré)affirmation d'une subsidiarité garante d'une protection effective des droits

770. L'idée d'une conciliation, voire même imbrication, de ces deux principes phares du droit européen – consistant à faire de la subsidiarité, un principe au service de l'effectivité – n'est toutefois pas inédite. En effet, si le principe de subsidiarité est avant tout protecteur de l'autonomie nationale et du pluralisme, il doit être également le vecteur d'une harmonisation des droits de l'homme en Europe²⁸³⁵. Puisant aux origines même du concept de subsidiarité, le principe n'a pas seulement pour fonction de sauvegarder l'autonomie de l'entité inférieure mais également, lorsqu'elle est inapte ou défaillante, de garantir l'intervention et le soutien de l'autorité supérieure²⁸³⁶. Le principe n'est donc pas un fondement à la seule protection des souverainetés étatiques mais justifie également l'intervention de la Cour dans le sens d'une meilleure protection, la subsidiarité conventionnelle ayant donc, depuis l'origine, tout le potentiel pour œuvrer à la protection effective des droits de l'homme²⁸³⁷. En d'autres termes, le principe d'effectivité se présenterait finalement comme la facette positive de la subsidiarité, celle qui incite à la suppléance plutôt qu'à l'abstention et vise, dans tous les cas (intervention ou non de l'autorité supérieure), à garantir l'efficacité de l'action.

²⁸³⁴ Intervention de J-M. SAUVE, « La subsidiarité : une médaille à deux faces ? », *Séminaire organisé par la Cour européenne des droits de l'homme*, le vendredi 30 janvier 2015 à Strasbourg, p. 2. Discours disponible sur : http://echr.coe.int/Documents/Speech_20150130_Seminar_JMSauv%C3%A9_2015.pdf.

²⁸³⁵ Voir *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2.

²⁸³⁶ Voir *supra*, Introduction.

²⁸³⁷ Voir, en ce sens, P. CAROZZA, « Subsidiarity as a Structural principle of International Human Rights Law », *AJIL*, 2003, p. 74 : « *subsidiarity has the potential actually to strengthen human right* ».

771. Par ailleurs, c'est bien au regard d'une protection rapide et efficace, et donc *a priori* effective des droits des justiciables, que le principe de subsidiarité légitime l'action prioritaire des Etats membres. Parce qu'elle implique une confiance dans la justice nationale normalement mieux placée que le juge international pour intervenir, la subsidiarité conventionnelle intègre donc, en son sein, l'idée même d'effectivité des droits dont elle est finalement le principal garant. Ainsi, lorsque la Cour ne respecte pas l'autonomie des Etats membres dans l'établissement des preuves par exemple, cela ne témoignerait pas « *en première approche de l'affaiblissement du principe de subsidiarité mais plutôt de son appréhension dans sa face positive de suppléance, et ceci au nom de la recherche d'un bien commun ou, si l'on préfère, de l'effectivité des droits protégés par la Convention* »²⁸³⁸.

772. La thèse d'une contribution du principe de subsidiarité à la garantie d'une effectivité de la protection des droits de l'homme rejoint d'ailleurs l'hypothèse de la subsidiarité communautaire qui, à plusieurs égards, présente de manifestes accointances avec son homologue européen. En effet, parce qu'elle est tout aussi réversible qu'en droit de la Convention européenne et qu'elle est à la fois moteur d'une protection des souverainetés étatiques et vecteur d'un renforcement de la construction et intégration communautaires, la subsidiarité est également garante de l'effectivité du droit de l'Union européenne. Grâce à la prise en compte du critère privilégié de la plus-value communautaire²⁸³⁹, le principe de subsidiarité vise bien à garantir une meilleure efficacité de l'action et n'est en aucun cas un obstacle au dynamisme du juge de l'Union, lui aussi animé par une volonté première de protection effective du droit supranational²⁸⁴⁰.

773. Toutefois, cette mission d'harmonisation des droits – telle que sous-tendue par le principe de subsidiarité – a été progressivement abandonnée tant par la Cour européenne que les Etats membres. Ainsi, le principe ne se voit plus du tout brandi dans le sens d'une légitimation du contrôle de Strasbourg ou d'une protection plus effective mais uniquement pour sauvegarder une marge nationale d'appréciation. Cela étant, l'évolution actuelle du système conventionnel tend à amorcer un changement d'approche et ainsi faire de la

²⁸³⁸ D. SZYMCZAK, « Rapport introductif : Le principe de subsidiarité dans tous ses états », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, édition Nemesis, Anthemis, 2014, p. 31.

²⁸³⁹ Voir *infra*, Introduction, § 1, A, 1, b.

²⁸⁴⁰ Voir, notamment, en ce sens, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme », *RAE*, 1998, n°1-2, p. 36 et suiv.

subsidiarité, un principe garant de l'effectivité, puisque les autorités nationales sont mieux placées que la Cour pour intervenir dans la protection interne des droits garantis. Cela étant, le découplage spontané des principes d'effectivité et de subsidiarité qui s'est opéré, au fil des années dans la jurisprudence européenne, amène naturellement à penser qu'une telle solution n'est ni opérante ni satisfaisante. Toutefois, loin d'être pessimiste et fataliste, ce constat d'une « réinitialisation » du système conventionnel qui renoue finalement avec ses fondamentaux, doit être analysé à la lumière d'une nouvelle donnée, celle d'une mutation du principe de subsidiarité.

774. Amorcée notamment dans la célèbre affaire Kudla contre Pologne²⁸⁴¹, cette mutation de la subsidiarité en un principe d'encadrement des libertés est ainsi, à notre sens, un élément essentiel à l'affirmation d'une subsidiarité garante de l'effectivité. Parce qu'elle vise à responsabiliser les Etats membres dans leur rôle de protecteur prioritaire des droits de l'homme, l'invocation de la subsidiarité sera alors l'occasion de mieux guider et orienter les Etats membres dans la protection interne des garanties – que cela soit en amont ou en aval de la décision européenne – et ainsi de mieux les encadrer et contraindre au respect de leurs engagements. En effet, différentes pratiques, procédures ou méthodes de contrôle ont été développées par la Cour, afin de réduire la liberté de l'Etat dans l'application de la Convention et l'exécution de ses arrêts, et ainsi d'assurer que les autorités nationales seront plus à même – sous couvert d'une nouvelle condamnation européenne ! – d'enfin se livrer à une protection effective des droits de l'homme. L'encadrement est tel que certains auteurs iront même jusqu'à parler d'une « vassalisation »²⁸⁴² du juge national, tant sa marge de manœuvre semble, dans certaines hypothèses, diminuée. La subsidiarité n'en est pas moins renforcée, l'objectif étant bien d'encourager un traitement premier et efficace des requêtes au plan national ainsi que de veiller à la mise en conformité des systèmes juridiques nationaux, contribuant, de ce fait, à vider de leur substance les éventuels futurs recours introduits à Strasbourg. La mutation du principe confirme donc que la subsidiarité – parce que désormais source d'un encadrement des libertés et donc d'une responsabilisation des Etats membres dans la protection interne des garanties – s'inscrit bien au service d'une protection effective des droits de l'homme, avalisant ainsi la thèse d'une contribution du principe de subsidiarité à la garantie d'une effectivité de la protection des droits de l'homme.

²⁸⁴¹ Cour EDH, Gde ch., 26 octobre 2000, *Kudla c. Pologne*, req. n°30210/96, § 152 ; *GACEDH*, n°40.

²⁸⁴² B. FAVREAU, « Le principe de subsidiarité, quel avenir ? », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, édition Nemesis, Anthemis, 2014, p. 381.

775. Elle conduit néanmoins à assimiler la notion d'effectivité à celle d'efficacité, ce qui nous semble laisser en suspens la question d'une réussite et pérennité de l'imbrication des principes d'effectivité et de subsidiarité.

B- Doutes et inquiétudes quant à la pérennité d'une telle approche

776. Si le choix de faire de la subsidiarité-encadrée, l'outil d'un renforcement de l'effectivité, nous semble *a priori* convainquant, le risque n'en reste pas moins qu'au regard des origines mêmes de la notion, « *l'idée de subsidiarité rejoins[ne] l'impératif d'efficacité* »²⁸⁴³ et que, « *sous couvert d'effectivité, [la Cour] introduise [donc] dans sa stratégie jurisprudentielle des considérations d'efficience* »²⁸⁴⁴. En effet, parce que le principe de subsidiarité est désormais au service d'une renationalisation urgente du contentieux²⁸⁴⁵ et qu'il est donc principalement axé sur la recherche d'une efficacité du système de contrôle, il sert des intérêts pratiques de réussite, de performance même du système européen. Dans ces conditions, la démarche consistant à faire de la subsidiarité, un principe garant de l'effectivité, nous conduit donc à amalgamer les notions d'effectivité et d'efficacité.

777. Deux remarques peuvent d'ailleurs être formulées pour consolider ce propos.

D'une part, la frontière entre la recherche d'effectivité et celle d'efficacité est naturellement ténue dès lors, qu'au-delà de toutes considérations tenant au respect des souverainetés étatiques, c'est bien au regard d'une protection rapide et efficace – donc *a priori* effective – des droits des justiciables, que le principe de subsidiarité légitime, en droit de la Convention européenne, l'action prioritaire des autorités nationales. La confusion entre les notions d'effectivité et d'efficacité est d'ailleurs latente, le vice-président du Conseil d'Etat, Jean-Marc SAUVE, affirmant par exemple que « *mettre davantage le principe de subsidiarité au service du principe d'efficacité est devenu un objectif commun prioritaire* »²⁸⁴⁶. Dans le même sens, les diverses mesures introduites par le Protocole n°14,

²⁸⁴³ Rapport n°46 de C. DE LA MALENE, *L'application du principe de subsidiarité*, Délégation du Sénat pour l'Union européenne, 1996, III.A.2.a)

²⁸⁴⁴ B. DELZALGLES, « Effectivité, efficacité et efficience dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in V. CHAMPEIL-DESPLATS et D. LOCHAK (dir.), *A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Presses universitaires de Paris 10, 2008, p. 42.

²⁸⁴⁵ Voir *supra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

²⁸⁴⁶ Intervention de J-M. SAUVE, « La subsidiarité : une médaille à deux faces ? », *op. cit.*, p. 8. Voir également son intervention devant le Conseil d'Etat, lors de la conférence sur *Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme*, Paris, le 19 avril 2010, où il affirme que « le principe de subsidiarité est un

tenant notamment à la présence d'un préjudice important ou encore à l'introduction d'un juge unique, ont pour unique but « *d'assurer un traitement efficace des requêtes* »²⁸⁴⁷.

D'autre part, loin d'être étrangère à l'idée de subsidiarité, l'exigence d'efficacité est au contraire consubstantielle à la notion même de subsidiarité qui s'articule classiquement autour de deux critères de définition principaux, que sont le critère de proximité et celui d'efficacité²⁸⁴⁸. C'est en effet cette exigence qui guide – du moins en partie – la logique subsidiaire et détermine qui, de l'échelon inférieur ou supérieur, est le plus à même à intervenir au vu de l'action à accomplir. Et même si la Cour privilégie normalement le critère de la meilleure position des autorités nationales²⁸⁴⁹ et donc une subsidiarité-proximité, c'est bien parce que ces autorités sont *a priori* réputées plus efficaces du fait de leur meilleure connaissance des besoins locaux. Il n'en reste pas moins que la présomption selon laquelle « proximité = efficacité » n'est pas systématiquement valable, son renversement occasionnel encourageant donc la Cour à motiver son intervention à l'aune d'une subsidiarité-efficacité et donc d'une meilleure réalisation de l'action²⁸⁵⁰. Cela étant – et la différence est de taille – ce critère d'efficacité n'est normalement pas utilisé dans le but de protéger l'efficacité même *du système*, mais de favoriser l'efficacité *de l'action à accomplir* et donc, incidemment, dans le sens d'une protection effective des droits de l'homme. Or, ce détournement progressif du but du critère – privilégiant désormais l'efficacité du système et non plus, directement, l'efficacité de la protection des droits – peut être, à notre avis, source d'une inquiétante transformation.

778. Une telle approche consistant à faire de la subsidiarité, un principe non pas garant de l'effectivité des droits mais de l'efficacité du système, serait alors particulièrement dangereuse. Il nous semble, en effet, que même « *si l'effectivité des droits conventionnels assure a priori une meilleure protection des individus et participe donc [...] à l'efficacité de*

facteur d'efficacité du système européen de protection des droits de l'homme ». Voir également D. SZYMCZAK, « Rapport introductif : Le principe de subsidiarité dans tous ses états », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, édition Nemesis, Anthemis, 2014, p. 33. Le Professeur David SZYMCZAK explique, en effet, que « *l'inconstance du principe de subsidiarité renvoie moins au traditionnel clivage souveraineté/harmonisation ou à sa tension unité/diversité qu'à la très grande difficulté sous-jacente à donner un sens univoque au critère d'efficacité, pourtant seul à même de déterminer avec un minimum de rigueur le niveau optimum de protection des droits de l'homme* », (souligné par nous).

²⁸⁴⁷ P. ROUBLOT, « La nouvelle condition de recevabilité des requêtes devant la Cour européenne des droits de l'homme : enjeux et perspectives », in E. LAMBERT-ABDELGAWAD et P. DOURNEAU-JOSETTE (dir.), *Quel filtrage des requêtes par la Cour européenne des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe, 2011, p. 215.

²⁸⁴⁸ Voir *supra*, Introduction, § 1, A, 1.

²⁸⁴⁹ Cour EDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, req. n°5493/72, série A, n°24, § 48 ; *GACEDH*, n°7.

²⁸⁵⁰ Voir *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, § 2, B, 2.

la Convention »²⁸⁵¹ ou, à l'inverse, que l'efficacité du système participe à la garantie d'une certaine effectivité des droits, l'équation « efficacité du système = effectivité des droits » n'est toutefois pas systématiquement valable. Au contraire, une trop grande attention portée à l'efficacité du système conduirait – selon nous – à inférioriser l'objectif d'effectivité des droits et donc à progressivement perdre de vue le dessein même de la Convention européenne, celui de conférer aux justiciables, une protection harmonisée, concrète et effective des droits de l'homme en Europe.

779. Par ailleurs, ces deux notions ne revêtent pas une signification purement identique. La notion d'effectivité exige seulement que l'action à accomplir produise un effet réel et incontestable, tandis que la notion d'efficacité sous-entend que l'action doit être également utile et efficiente. En droit de la Convention européenne, le principe d'effectivité des droits doit donc être uniquement centré sur la protection réelle et concrète des garanties conventionnelles et faire ainsi passer toutes considérations d'efficacité du système après l'objectif cardinal d'une protection effective des droits. Le principe d'efficacité suggère, quant à lui, une vision plus politique et stratégique de cette protection, conduisant finalement à mettre en balance la recherche d'une protection directe des droits de l'homme avec la nécessité d'un fonctionnement efficace, d'une réussite et pérennité du système conventionnel.

780. Ainsi, à trop vouloir réduire l'engorgement de son prétoire et garantir un fonctionnement efficient de son système – *via* différentes méthodes de contrôle et autres conditions de recevabilité – la Cour risque peu à peu d'affaiblir l'objectif essentiel d'une protection concrète et effective des droits proclamés. En effet, « *l'analyse de la jurisprudence européenne fait apparaître que la notion d'effectivité est parfois davantage tournée vers l'amélioration du fonctionnement du mécanisme européen [...] et inspirée par des préoccupations d'efficience que vers la protection directe de ces droits* »²⁸⁵². Des dérives évidentes pourraient donc se produire et conduire le juge à l'abandon de certaines violations qui, bien que non redressées en droit interne, seraient néanmoins laissées à la libre appréciation des autorités nationales, provoquant ainsi un éclatement progressif de la protection des droits de l'homme en Europe. S'il est vrai que la subsidiarité a désormais pour fonction de mieux guider et encadrer les Etats membres dans leur rôle de protecteur des droits de l'homme, il ne faudrait toutefois pas qu'elle conduise la Cour à accorder une « *confiance*

²⁸⁵¹ B. DELZANGLES, « Effectivité, efficacité et efficience dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 42.

²⁸⁵² *Ibid.*, p. 49.

aveugle »²⁸⁵³ aux autorités nationales et qu'elle marque ainsi son retrait définitif et inquiétant du terrain de la protection des droits.

781. Parce que seulement subsidiaire, le système européen de contrôle a certes pour ambition de ne plus intervenir dès lors que les autorités nationales seront enfin capables d'assumer, seules, la protection tant recherchée. Mais ne doit-on pas voir dans la nécessité d'établir un système contraignant et obligatoire pour les Etats membres – que cela soit explicitement par l'indication des mesures nationales à prendre pour se conformer à un arrêt de la Cour par exemple, ou implicitement au risque de se voir à nouveau traduit devant elle – la confirmation que ces Etats, ne sont encore ni prêts ni disposés à assumer, par eux-mêmes, leur fonction pourtant naturelle ?

782. Si cette étude conduit donc à porter un regard, si ce n'est inquiet, du moins prudent et attentif aux évolutions du système européen, elle met néanmoins en exergue « *le caractère résolument évolutif de la subsidiarité, au sens de la Convention* »²⁸⁵⁴, subsidiarité qui n'a donc certainement pas encore épuisée toutes ses potentialités.

²⁸⁵³ G. GONZALEZ, « Rebondissement sur les peines perpétuelles incompressibles », *JCP G.*, 2015, n°7, 195.

²⁸⁵⁴ D. SZYMCZAK, « Rapport introductif : Le principe de subsidiarité dans tous ses états », *op. cit.*, p. 29.

BIBLIOGRAPHIE

I- OUVRAGES	570
A- Dictionnaires	570
B- Manuels et Ouvrages généraux	570
C- Ouvrages spécialisés	573
D- Ouvrages collectifs : actes de colloques, journées d'étude et séminaires	576
E- Mélanges.....	580
F- Thèses et Mémoires	580
 II- ARTICLES ET CONTRIBUTIONS.....	 585
A- Articles de revues et notes de jurisprudence	585
B- Contributions issues de Mélanges	600
C- Contributions issues de colloques et autres ouvrages collectifs	607
 III- CHRONIQUES.....	 613
 IV- AUTRES.....	 613
A- Publications du Conseil de l'Europe.....	613
B- Discours et autres allocutions.....	615
C- Webographie sommaire	617

I- OUVRAGES

A- Dictionnaires

- ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, GAUDIN Hélène, MARGUENAUD Jean-Pierre, RIALS Stéphane, SUDRE Frédéric** (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, PUF, 2008
- ARNAUD André-Jean** (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2^{ème} édition, 1993
- CABRILLAC Rémy** (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2015*, LexisNexis, 6^{ème} édition, 2014
- CHAGNOLLAUD Dominique et DRAGO Guillaume** (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, 2010
- COMTE-SPONVILLE André**, *Dictionnaire philosophique*, PUF, 2001
- CORNU Gérard** (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 10^{ème} édition, 2014
- GODIN Christian**, *Dictionnaire de philosophie*, Fayard, édition Du temps, 2004
- GUINCHARD Serge et DEBARD Thierry** (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 20^{ème} édition, 2013
- LALANDE André**, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 3^{ème} édition, 2010

B- Manuels et Ouvrages généraux

A

- ALLAND Dionisio**, *Anzilotti et le droit international public*, Pedone, 2012

B

- BARANGER Denis**, *Le droit constitutionnel*, 6^{ème} édition, PUF, 2013
- BERGEL Jean-Louis**, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 5^{ème} édition, 2012
- BERGER Vincent**, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Sirey, 13^{ème} édition, 2014
- BLUMANN Claude et DUBOIS Louis**, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Litec, 5^{ème} édition, 2013
- BON Pierre et MAUS Didier**, *Les grandes décisions des Cours constitutionnelles européennes*, Dalloz, 2008
- BURGORGUE-LARSEN Laurence**, *La Convention européenne des droits de l'homme*, LGDJ, 2012

BURGORGUE-LARSEN Laurence et **UBEDA DE TORRES Amaya**, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruylant, 2008

C

CARRE DE MALBERG Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Dalloz (Réédition), 2003

CHEVALIER Jacques, *L'Etat post-moderne*, LGDJ, 4^{ème} édition, 2014

CLERGERIE Jean-Louis, **GRUBER Annie**, **RAMBAUD Patrick**, *L'Union européenne*, 10^{ème} édition, Dalloz, 2014

CONSEIL DE L'EUROPE, *Manuel sur les droits de l'homme et l'environnement : principes tirés de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Editions du Conseil de l'Europe, cop. 2006

COSTA Jean-Paul, *La Cour européenne des droits de l'homme. Des juges pour la liberté*, Dalloz, 2013

D

DE SALVIA Michèle, *Compendium de la CEDH: Les Principes Directeurs de la jurisprudence relative à la Convention européenne des droits de l'homme*, Editions N.P. Engel, 2003

DUPUY Pierre-Marie, *Droit international public*, Précis, Dalloz, 12^{ème} édition, 2014

DWORKIN Ronald, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, 1995

E

ERGEC Rusen, *Introduction au droit public, Les Droits et Libertés*, Story-Scientia, 1995, Tome II

F

FABRE Martine, **GOURON-MAZEL Annie**, *Convention européenne des droits de l'Homme : application par le juge français : 10 ans de jurisprudence*, Litec, 1998

FAURE Bertrand, *Droit des collectivités territoriales*, Dalloz, 3^{ème} édition, 2014

G

GOHIN Olivier, *Droit constitutionnel*, Lexis Nexis Litec, 2010

GRZEGORCZYK Christophe, *La théorie générale des valeurs et le droit*, LGDJ, coll. Bibliothèque de philosophie du droit, 1982

J

JACQUE Jean-Paul, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz, 7^{ème} édition, 2012

K

KELSEN Hans

- *Théorie générale des normes*, PUF, 1996
- *Théorie pure du droit*, LGDJ, Bruylant, 1999

L

LEVINET Michel, *Théorie générale des droits et libertés*, LGDJ, 4^{ème} édition, 2012

M

MARGUENAUD Jean-Pierre, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 6^{ème} édition, 2012

MARTIN Pierre-Marie, *Droit international public*, Droit Sciences Economiques, 1995

P

PAUVERT Bertrand, *Droit Constitutionnel : Théorie générale - Ve République*, Jeunes Editions, 2004

PELLET Alain, *Droit international public*, LGDJ, 1987

PETTITI Louis-Edmond, **DECAUX Emmanuel** et **IMBERT Pierre-Henri** (ed.), *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, Economica, 2^{ème} édition, 1999

Q

QUADROS Fausto (de), *Droit de l'union européenne : Droit constitutionnel et administratif de l'Union européenne*, Bruylant, 2008

R

RENUCCI Jean-François, *Droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 5^{ème} édition, 2013

RIDEAU Joël, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LGDJ, 6^{ème} édition, 2010

ROUX Jérôme, *Droit général de l'Union européenne*, LexisNexis, 4^{ème} édition, 2012

S

SUDRE Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 12^{ème} édition, 2015

SUDRE Frédéric, **MARGUENAUD Jean-Pierre**, **ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël**, **GOUTTENOIRE Adeline**, **GONZALEZ Gérard**, **MILANO Laure**, **SURREL Hélène**, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 7^{ème} édition, 2015

T

TERRE François, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 10^{ème} édition, 2015

V

VAN RAEPENBUSCH Sean, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Larcier éditions, 5^{ème} édition, 2011

VELU Jacques et ERGEC Rusen, *Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2^{ème} édition, 2014

W

WEIL Prosper, *Écrits de droit international : Théorie générale du droit international, droit des espaces, droit des investissements privés internationaux*, PUF, 2000

C- Ouvrages spécialisés

A

ALLARD Julie et GARAPON Antoine, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Seuil, 2005

ARCHIER Georges et SERIEYX Hervé, *L'entreprise du 3^{ème} type*, Point, 2000

ARNAUD André-Jean, *Pour une pensée juridique européenne*, PUF, 1991

B

BEAUD Olivier

- *La puissance de l'Etat*, PUF, 1994
- *Théorie de la fédération*, PUF, 2007

BELAID Sadok, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1974

BRAULT Philippe, *Le principe de subsidiarité*, La Documentation française, 2005

C

CASTEL Robert, *Les métamorphoses de la question sociale. Chronique du salariat*, Fayard, 1995

CHRISTOFFERSEN Jonas, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers / Brill Academic, 2009

CLERGERIE Jean-Louis, *Le principe de subsidiarité*, Ellipses, 1998

COHEN-TANUGI Laurent, *Le droit sans l'Etat*, PUF, 2007

D

DE BECHILLON Denys, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Édition Odile Jacobs, 1997

DELMAS-MARTY Mireille

- *Pour un droit commun*, Édition du Seuil, 1994
- *Vers un droit commun de l'humanité*, Édition textuel, 1996
- *Le relatif et l'universel, Les forces imaginantes du droit*, Seuil, 2004
- *Le flou du droit : du code pénal aux droits de l'homme*, PUF, 2004
- *Le pluralisme ordonné*, Édition du Seuil, 2006

DELSOL Chantal

- *La détresse du petit Pierre qui ne sait pas lire*, Plon, 2011
- *L'Etat subsidiaire : ingérence et non-ingérence de l'Etat : le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*, Editions du Cerf, 2015

DE SADELEER Nicolas, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution. Essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement*, Bruylant, 1999

F

FRANCE-LANORD Bruno et VANNIER Claude, *Vers une entreprise libérée : centralité et subsidiarité*, l'Harmattan, 2014

FRYDMAN Benoit, *Le sens des lois : histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruylant, 2005

G

GENNART Martin, *Le contrôle parlementaire du principe de subsidiarité : droit belge, néerlandais et luxembourgeois*, Larcier, 2013

GERARD Philippe, *Droit, égalité et idéologie: contribution à l'étude critique des principes généraux du droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, 1981

GREER Steven, *La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme*, Les éditions du Conseil de l'Europe, dossier sur les droits de l'homme n°17, 2000

GREWE Constance et RUIZ FABRI Hélène, *Droits constitutionnels européens*, PUF, 1995

GUILLEMAIN Benjamin, *La subsidiarité, un grand dessein pour la France et l'Europe*, Editions de Paris, 2005

GUSTAVO JUST DA COSTA Silva, *Interpréter les théories de l'interprétation*, L'Harmattan, 2006

H

HECKLY Christophe, *La subsidiarité à l'américaine : Quels enseignements pour l'Europe ?*, L'Harmattan, 2000

J

JARROSSON Charles, *La notion d'arbitrage*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1987

K

KOLB Robert, *Interprétation et création du droit international; esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, Bruylant, 2006

L

LAMBERT Pierre, *La Belgique devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2002

LAMBERT-ABDELGAWAD Élisabeth, *L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Édition du Conseil de l'Europe, 2008

LETSAS George, *A theory of interpretation of the European Convention on human rights*, Oxford University Press, 2007

LOURAU René, *Le principe de subsidiarité contre l'Europe*, PUF, 1997

M

MACCORMICK Neil, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, PUF, 1996

MILLION-DELSOL Chantal, *Le principe de subsidiarité*, PUF, coll. « Que-sais-je ? », 1993

MORAND Charles-Albert, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, LGDJ, 1999

MUSCAT Hélène, *Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen*, L'Harmattan, 2001

O

OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publication des facultés universitaires Saint Louis, 2002

R

RIALS Stéphane, *Destin du fédéralisme*, LGDJ, 1986

ROULAND Norbert, *L'anthropologie juridique*, PUF, coll. « Que-sais-je ? », 1990

S

SAINT-OUEN François, *Le fédéralisme*, Gollion, Infolio édition, 2005

SIGNIE Jean-Marie, *Paroisses et administrations des biens: Un chemin vers l'autosuffisance des Eglises d'Afrique*, L'Harmattan, 2007

T

TIGROUDJA Hélène et PANOUSSIS Ioannis, *La Cour interaméricaine des droits de l'homme : analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse*, Bruylant, 2003

TIMSIT Gérard, *Gouverner ou juger. Blason de la légalité*, PUF, 1995

TITIRIGA Remus, *La comparaison, technique essentielle du juge européen*, L'Harmattan, 2011

TROPER Michel, *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, 2001

V

VELU Jacques, *Les effets directs des instruments internationaux en matière de droits de l'homme*, Editions juridiques Swinnen, 1981

D- Ouvrages collectifs : actes de colloques, journées d'étude et séminaires

A

AMSELEK Paul (dir.), *Interprétation et droit*, Bruylant, 1995

ANDERSEN Robert et DEOM Diane (dir.), *Droit administratif et subsidiarité*, Bruylant, 2000

B

BICHOT Jacques, COULANGE Pierre et LARGILLIER Bernard et al., *La subsidiarité*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2014

BRIBOSIA Emmanuelle, SCHEECK Laurent et UBEDA DE TORRES Amaya (dir.), *L'Europe des Cours: loyautés et résistances*, Bruylant, 2010

BURGORGUE-LARSEN Laurence (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Pedone, 2011

C

CASSESE Antonio (dir.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, OUP Oxford, 2^{ème} édition, 2009

CAUDAL Sylvie (dir.), *Les principes en droit*, Economica, 2008

CHAMPEIL-DESPLATS Véronique et **LOCHAK Danièle** (dir.), *A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Presses universitaires de Paris 10, 2008

COHEN-JONATHAN Gérard, FLAUSS Jean-François (dir.), *La réforme du système de contrôle contentieux de la Convention européenne des droits de l'homme : le Protocole n°14 et les recommandations et résolutions du Comité des Ministres : actes du séminaire organisé à Strasbourg le 7 juillet 2004*, Bruylant, 2005

COHEN-JONATHAN Gérard, FLAUSS Jean-François et LAMBERT-ABDELGAWAD Élisabeth (dir.), *De l'effectivité des recours internes dans l'application de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2006

CONSEIL D'ÉTAT, *Le droit européen des droits de l'homme : un cycle de conférences du Conseil d'État*, la Documentation française, DL 2011

D

DELMAS-MARTY Mireille (dir.), *Raisonner la raison d'Etat : Vers une Europe des droits de l'homme*, PUF, « Les voies du droit », 1989

DELPÉREE Francis (dir.)

- *Justice Constitutionnelle et subsidiarité*, Bruylant, 2000
- *Le principe de subsidiarité*, Bruylant, 2002

DUBOUT Edouard et TOUZE Sébastien (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, 2010

F

FATIN-ROUGE STEFANINI Marthe, GAY Laurence et PINI Joseph (dir.), *Autour de la qualité des normes*, Bruylant, 2010

FAURE Alain (dir.), *Territoires et Subsidiarité : L'action publique locale à la lumière d'un principe controversé*, L'Harmattan, 1998

FIALAIRE Jacques (dir.), *Subsidiarité infranationale et territorialisation des normes : état des lieux et perspectives en droit interne et en droit comparé*, Presses universitaires de Rennes, 2005

FLAUSS Jean-François et LAMBERT-ABDELGAWAD Élisabeth (dir.), *La pratique d'indemnisation par la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2011

FLAUSS Jean-François et SALVIA Michel de (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme : développements récents et nouveaux défis : actes de la journée d'études du 30 novembre 1996 organisée à l'Institut des hautes études européennes de Strasbourg à la mémoire de Marc-André Eissen*, Bruylant, 1997

FONTAINE Lauréline (dir.), *Droit et pluralisme*, Bruylant-Némésis, coll. « Droit et justice », 2007, n°76

G

GODARD Olivier (dir.), *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, éd. de la Maison des sciences de l'homme, 1997

GONZALEZ Gérard (dir.), *Les sources internationales dans la jurisprudence de la Cour EDH*, Cahiers de l'IDEDH, n°11, 2007

H

HENNEBEL Ludovic et **TIGROUDJA Hélène** (dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme : en l'honneur du 40e anniversaire de la Convention américaine des droits de l'homme*, Pedone, 2009

I

INSTITUT DE DROIT EUROPEEN DES DROITS DE L'HOMME, *Les sources internationales dans la jurisprudence de la Cour EDH*, Cahiers de l'IDEDH, n°11, 2007

K

KRENC Frédéric (dir.), *Les mesures provisoires devant la Cour européenne des droits de l'homme – Un référé à Strasbourg ?*, Larcier, 2011

L

LAMBERT-ABDELGAWAD Elisabeth et **DOURNEAU-JOSETTE Pascal** (dir.), *Quel filtrage des requêtes par la Cour européenne des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe, 2011

LEROUSSEAU Nicole et **ROSSETTO Jean** (dir.), *Les collectivités territoriales et l'intégration européenne : actes du colloque du 19 novembre 2004*, Presses universitaires François-Rabelais, 2005

LEVINET Michel (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruylant, 2010

LICHERE François, **POTVIN-SOLIS Laurence** et **RAYNOUARD Arnaud** (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ? : actes de la journée d'études organisée le 10 février 2003 à la Faculté de droit, économie et administration de l'Université de Metz*, Bruylant, 2004

O

ONORIO (d') Joël-Benoît (dir.), *La subsidiarité. De la théorie à la pratique*, Téqui, 1995

R

ROHLFING-DIJOUX Stéphanie et PAGLOW Kerstin (éds.), *La subsidiarité, Regards croisés franco-allemands sur un principe pluridisciplinaire*, Peter Lang, coll. Travaux Interdisciplinaires et plurilingues, volume 20, 2014

S

SALERNO Francesco (dir.), *La nouvelle procédure devant la Cour européenne des droits de l'Homme après le Protocole n°14 : actes du colloque tenu à Ferrara les 29 et 30 avril 2005*, Bruylant, 2007

SUDRE Frédéric (dir.)

- *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant-Némésis, coll. « Droit et justice » n°21, 1998
- *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Nemesis-Anthemis, coll. « Droit et justice » n°108, 2014
- *Les conflits de droits dans la jurisprudence de la CEDH*, Nemesis-Anthemis, coll. « Droit et justice » n°109, 2014

T

TAVERNIER Paul (dir.)

- *Quelle Europe pour les droits de l'homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une « union plus étroite »*, Bruylant, 1999
- *La France et la Cour européenne des droits de l'homme : la jurisprudence en 2008 : présentation, commentaires et débats*, Bruylant, 2010

THIBIERGE Catherine et al. (dir.)

- *La force normative : naissance d'un concept*, Bruylant, 2009
- *La densification normative : découverte d'un processus*, Mare & Martin, 2013

TRIFFTERER Otto (dir.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article*, Hart Publishing, 2ème édition, 2008

TROPER Michel, CHAMPEIL-DESPLATS Véronique et GRZEGORCZYK Christophe (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant, LGDJ, 2005

V

VERDUSSEN Marc (dir.), *L'Europe de la subsidiarité*, Bruylant, 2000

W

WAELEBROECK Michel et VELU Jacques (dir.), *Les Recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen : Communautés européennes et Convention européenne des droits de l'homme*, [Colloque organisé les 24 et 25 avril 1975 par l'Institut d'Etudes européennes, Université libre de Bruxelles], Larcier, 1978

E- Mélanges

- Mélanges* **Gérard COHEN-JONATHAN**, Libertés, justice, tolérance, Vol. I-II, Bruylant, 2004
- Mélanges en l'honneur de Jean- Paul COSTA. La conscience des droits*, Dalloz, 2011
- Les dynamiques du droit européen en début de siècle, Etudes en l'honneur de Jean-Claude GAUTRON*, Pedone, 2014
- Mélanges Bruno GENEVOIS, Le dialogue des juges*, Dalloz, 2009
- Mélanges en l'honneur de Philippe JESTAZ*, Libres propos sur les sources du droit, Dalloz, 2006
- Mélanges en hommage à Pierre LAMBERT, Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Bruylant, 2000
- Mélanges en l'honneur du Professeur Petros J. PARARAS, Les droits de l'homme en évolution*, Ant. N. Sakkoulas, Bruylant, 2009
- Mélanges en l'honneur de Louis-Edmond PETTITI*, Némésis, Bruylant, 1998
- Mélanges en l'honneur à François RIGAUX*, Bruylant, 1993
- Mélanges en l'honneur de Christos L. ROZAKIS. La CEDH : un instrument vivant*, Bruylant, 2011
- Mélanges en l'honneur de Rolv RYSSDAL, Protection des droits de l'homme : la perspective européenne*, Carl Haymanns Verlag KG, 2000
- Etudes en l'honneur de Gérard TIMSIT*, Bruylant, 2004
- Mélanges en l'honneur de Nicolas VALTICOS : droit et justice*, Pedone, 1999
- Mélanges offerts à Marcel WALINE, Le juge et le droit public*, LGDJ, Tome 1, 1974
- Liber amicorum Jean WALINE, Gouverner, Administrer, juger*, Dalloz, 2002
- Mélanges en l'honneur de G. J. WIARDA : protection des droits de l'homme, la dimension européenne*, Carl Heymanns Verlag KG, 1988

F- Thèses et Mémoires

A

- AILINCAI Mihaela**, *Le suivi du respect des droits de l'homme au sein du Conseil de l'Europe: contribution à la théorie du contrôle international*, Pedone, DL, 2012
- ALBERT Jean-Christophe**, *Le Principe de subsidiarité : significations et implications*, L'auteur, 1996
- ALEXY Robert**, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, rééd. 2010
- AFROUKH Mustapha**, *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Bruylant, Coll. Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, 2011

ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français*, LGDJ, 1998

B

BARBOSA DELGADO Francisco R., *Les limites de la marge nationale d'appréciation et la liberté d'expression : étude comparée de la jurisprudence de la Cour européenne de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Thèse de doctorat, Nantes, 2010

BARROCHE Julien, *Etat, libéralisme et christianisme : critique de la subsidiarité européenne*, Dalloz, 2012

BAUDIN-CULLIERE Frédéric, *Principe de subsidiarité et administration locale*, LGDJ, 1995

BELDA Béatrice, *Les droits de l'homme des personnes privées de liberté: Contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Bruylant, 2010

BLANC-FILY Charlotte, *Les valeurs dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Essai critique sur l'interprétation axiologique du juge européen*, Université Montpellier I, 2013

BOUMGHAR Mouloud, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Pedone, 2010

BRUNET François, *La normativité en droit*, Mare & Martin, 2012

C

CALLEJON Lucille, *Constitution internationale et droits de l'homme*, Université Montpellier I, 2013

CHAPPEZ Jean, *La règle de l'épuisement des voies de recours internes*, Pédone, 1972

CLAUDE Virginie, *L'interprétation consensuelle de la CEDH*, Mémoire de DEA, Faculté de droit, Université Montpellier I, IDEDH, 1998

D

DE BOISSIEU Elisabeth, *Subsidiarité et justiciabilité*, Mémoire de DEA, L'auteur, 1996

DELZANGLES Béatrice, *Activisme et autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, Fondation Varenne, 2009

DE SCHUTTER Olivier, *Fonction de juger et droits fondamentaux – Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruylant, 1999

DUARTE Bernadette, *Les restrictions aux droits de l'homme garantis par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et les Conventions américaine et européenne des droits de l'homme*, Université de Lille II, 2005

DUCOULOMBIER Peggy, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, 2011

DURANTHON Arnaud, *Subsidiarité et collectivités territoriales. Étude sur la subsidiarisation des rapports entre État et collectivités en droit public français*, Toulouse 1 Capitole, 2015

E

EUDES Marina, *La pratique judiciaire interne de la Cour européenne des droits de l'homme*, Pedone, 2005

F

FORTAS Anne-Catherine, *La surveillance de l'exécution des arrêts et décisions des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'Homme*, Université Panthéon-Assas, Paris, 2013

FOURNIER Raphaël, *Subsidiarité contre souveraineté : un débat politique en France au dix-neuvième siècle*, mémoire, IEP, Paris, 2003

G

GALLON François, *Collégialité & Subsidiarité : un principe-dual pour l'action - Des organisations durables dans un environnement complexe*, thèse de doctorat à L'Ecole centrale de Paris, 2013

GARCIA Kiteri, *Le droit civil européen : nouvelle matière, nouveau concept*, Larcier, DL 2008

GONZALEZ Gérard, *La Convention européenne des droits de l'homme et la liberté des religions*, Economica, 1997

GOUËZEL Antoine, *La subsidiarité en droit privé*, Economica, 2013

GRABARCZYK Katarzyna, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour EDH*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006

GUILLERMIN Guy, *La Cour européenne des droits de l'homme. L'interprétation et l'application de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme*, thèse dact. Paris II Panthéon-Assas, 1978

H

HABRE Carla, *La subsidiarité en droit privé*, Université Panthéon-Assas, Paris, 2014

I

I. PANAGOULIAS Konstantinos, *La procéduralisation des droits substantiels garantis par la Convention européenne des droits de l'homme*, Nemesis, Bruylant, 2011

J

JACQUEMOT Florence, *Le standard européen de société démocratique*, Faculté de droit, Université Montpellier I, coll. Thèses, t. 4, 2006

JUST Gustavo, *Interpréter les théories de l'interprétation*, l'Harmattan, 2005

K

KASTANAS Elias, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1996

L

LAMBERT Elisabeth, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. - Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruylant, 1999

LAZAUD Frédéric, *L'exécution par la France des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, DL 2006

LE BONNIEC Nina, *La procéduralisation des droits substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme. Réflexion sur le contrôle juridictionnel du respect des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme*, Université de Montpellier, 2015

LUCAS-ALBERNI Katia, *Le revirement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, coll. « Droit et justice » n°79, 2009

M

MADELAIN Colombine, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 2014

MANIRAKIZA Egide, *La subsidiarité procédurale dans le système africain de protection des droits de l'homme*, Thèse pour le Doctorat des Facultés universitaires de Namur, 2009

MARCIALI Sébastien, *La flexibilité du droit de l'Union européenne*, Bruylant, 2007

MATHIS-CALVET Christine, *Décentralisation et subsidiarité : les germes d'une évolution*, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2004

MAURER Béatrice, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, la Documentation française, 1999

MEUNIER Jacques, *Le pouvoir du conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, LGDJ, Bruylant, 1994

MICHEL Valérie, *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne*, L'harmattan, 2003

MUZNY Petr, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme: essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005

N

NIVARD Carole, *La justiciabilité des droits sociaux : Etudes de droit conventionnel européen*, Bruylant, coll. Droit de la convention européenne des droits de l'homme, 2012

P

PALLARD Henri et **TZITZIS Stamatios**, *Droits fondamentaux et spécificités culturelles*, L'harmattan, 2000

PANOUSSIS Ioannis, *La combinaison normative : recherches sur une méthode d'interprétation au service des droits de l'homme*, thèse, Lille II, 2006

PAPADOPOULOU Rebecca-Emmanuela, *Principes généraux du droit et droit communautaire. Origines et concrétisation*, Bruylant, 1996

PEPE Vincenzo, *Le principe de subsidiarité en droit public : étude comparée des cas italien et français*, Thèse de doctorat Droit public, Montpellier 1, 2002

PICHERAL Caroline, *L'ordre public européen : recherches sur une notion complexe en droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, Thèse de doctorat Droit public, Montpellier 1, 1999

POTVIN-SOLIS Laurence, *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'Etat français*, LGDJ, 1999

R

RIALS Stéphane, *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, LGDJ, Coll. Thèses, 1980

RIVIERE Florence, *Les opinions séparées des juges de la Cour EDH*, Bruylant, 2004

RUEDIN Xavier-Baptiste, *Exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2009

RUSU Gabriela, *Le droit à un recours effectif au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Thèse de doctorat Droit public, Montpellier 1, 2013

S

SALABERT Edouard, *La France et la construction européenne : de la souveraineté à la subsidiarité : vers un changement de paradigme ?*, Thèse de doctorat, Lille, 2014

SCHAHMANECHE Aurélia, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, Pedone, 2014

SCHMITT Mélanie, *Autonomie collective des partenaires sociaux et principe de subsidiarité dans l'ordre juridique communautaire*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2009

SIMON Denys, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales. Morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, Pedone, 1981

SOUVIGNET Xavier, *La prééminence du droit dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Coll. Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, 2012

SULLIGER Denis, *L'épuisement des voies de recours internes en droit international général et dans la Convention européenne des droits de l'homme*, Imprimerie des arts et métiers, 1979

SZYMCZAK David, *La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel national*, Bruylant, 2007

T

THOMA Françoise, *Le principe de subsidiarité en droit communautaire*, Centre universitaire de Luxembourg, 1998

THURILLET-BERSOLLE Angélique, *Droits européens et droit de la famille : contribution à l'étude de la dynamique du rapprochement*, Thèse, Dijon, 2011

TINIERE Romain, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, 2007

TOMA Ramona, *La réalité judiciaire de la Cour européenne des Droits de l'Homme : activisme et retenue judiciaire*, Nomos, 2003

V

VAN DROOGHENBROECK Sébastien, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme, Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, 2001

VERGES Etienne, *La catégorie des principes directeurs du procès judiciaire*, thèse dact., Aix-en-Provence, 2000

II- ARTICLES ET CONTRIBUTIONS

A- Articles de revues et notes de jurisprudence

A

ABRAHAM Ronny, « L'applicabilité directe de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) devant la juridiction administrative », *RUDH*, 1991, n° 7-9, pp. 275-280.

AFROUKH Mustapha

- « À la recherche d'un équilibre entre droits à la liberté d'expression et au respect de la vie privée », note sous les arrêts CEDH, 7 févr. 2012, n° 39954/08, Axel Springer et CEDH, gr. ch., 7 févr. 2012, n° 40660/08 et 60641/08, Von Hannover n° 2, *JCP G.*, 2012, n°22, 650.
- « La Cour européenne des droits de l'homme et l'exécution de ses arrêts », *RDLF*, 2012, chron. n°5.

- « L'identification d'une tendance récente à l'objectivisation du contentieux dans le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme », *RDP*, 2015, n°5, pp. 1357-1381.

AUDOUIN Raoul, « Entre Communauté... subsidiarité ou complémentarité ? », *La Nouvelle Lettre*, 27 novembre 1984, n°29, pp. 17-20.

ALEXY Robert, « Constitutional Rights, Balancing, and Rationality », *Ratio Juris.*, 2003, Vol. 16, n°2, pp. 131-140.

ALLARD Julie et **VAN WAEYENBERGE Arnaud**, « De la bouche à l'oreille ? Quelques réflexions autour du dialogue des juges et de la montée en puissance de la fonction de juger », *RIEJ*, 2008, n°61, pp. 109- 129.

ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël

- « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme », *RAE*, 1998, n°1-2, pp. 28-47.
- « La fin d'une résistance du Conseil d'Etat de France à la chose interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme : l'application de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme aux juridictions disciplinaires », *RTDH*, 1998, pp. 365-395.
- « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national. Vers un contrôle de fondamentalité ? », *RFDA*, 2002, n°2, pp. 124-138.
- « Jurisprudence administrative et Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 2009, p. 715 et suiv.

ARNOLD Rainer, « La cour constitutionnelle fédérale allemande et la Cour européenne des droits de l'homme », *RIDC*, 2005, n°3, pp. 805-815.

AUBY Jean-Bernard, « La bataille de San Romano, réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *AJDA*, 2001, p. 912 et suiv.

AUTIN Jean-Louis et **SUDRE Frédéric**, « Le commissaire du gouvernement et les exigences du procès équitable. Juridiquement fragile, stratégiquement correct », Note sous l'arrêt Cour EDH, Kress contre France du 7 juin 2001, *RFDA*, 2001, pp. 1000-1009.

B

BARROCHE Julien, « La subsidiarité chez Jacques Delors. Du socialisme chrétien au fédéralisme européen », *Politique européenne*, 3/2007, n° 23, pp. 153-177.

BEAUD Olivier, « La notion d'Etat », *APD*, n°35, pp. 119-141.

BEERNAERT Marie-Aude, « De l'épuisement des voies de recours internes en cas de dépassement du délai raisonnable », *RTDH*, 2004, pp. 905-919.

BEGNIER Bernard et **BLERY Corinne**, « Impartialité du juge, entre apparence et réalité », *Dalloz*, 2001, pp. 2427-2433.

BENOIT ROHMER Florence

- « La requête individuelle devant la Cour européenne des droits de l'homme », *JurisClasseur Libertés*, Fasc. 330, 2010

- « Un préjudice préjudiciable à la protection des droits de l'homme : premières applications du protocole 14 sur la condition du “ préjudice important ” », *RTDH*, 2011, n°85, pp. 23-42.

BENVENISTI Eyal, « Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards », *International Law And Politics*, 1999, vol. 31, pp. 843-854.

BERGER Vincent, « Les Cours constitutionnelles et la Cour européenne des droits de l'homme », *NCCC*, 2011, n° 32, pp. 7-17.

BERGERES Maurice-Christian, « Le principe de subsidiarité des conventions fiscales internationales », *RDF*, 2005, n° 36, p. 30 et suiv.

BERNARD Georges, « Le principe de subsidiarité », *LPA*, 1992, n°140, p. 14 et suiv.

BERTHOUD-RIBAUTE Hélène, « La subsidiarité de l'obligation aux dettes de l'associé d'une société civile », *JCP E.*, 2002, n° 27, 1046.

BESSON Samantha et GRAF-BRUGERE Anna-Laure, Le droit de vote des expatriés, le consensus européen et la marge d'appréciation des États (Cour eur. dr. h., arrêt Sitaropoulos et Giakoumopoulos c. Grèce, 15 mars 2012), *RTDH*, 2014, n°100, pp. 937-958.

BLAY-GRABARCZYK Katarzyna, « Conciliation de la protection des droits d'autrui et de la liberté de la presse : la quête d'un équilibre introuvable », *RTDH*, 2014, n°97, pp. 231-246.

BLAY-GRABARCZYK Katarzyna, AFROUKH Mustapha, SCHAHMANECHE Aurélia, « Le contrôle de l'exécution des arrêts de la Cour EDH, Aspects européens: acteurs politiques et acteurs juridictionnels », *RFDA*, 2014, n°5, pp. 935-956.

BOUVERESSE Aude, « Recevabilité et moyens d'annulation », *Europe*, 2016, n°6, pp. 16-19.

BRISSON Jean-François, « Les nouvelles clefs constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l'État et les collectivités locales », *AJDA*, 2003, p. 531 et suiv.

BROSSET Estelle, « Différenciations nationales et harmonisation communautaire. L'exemple des organismes génétiquement modifiés », *RDSS*, 2006, p. 215 et suiv.

BRUNESSEN Bertrand, « Un principe politique saisi par le droit. La justiciabilité du principe de subsidiarité en droit de l'Union européenne », *RTDE*, 2012, n°2, pp. 329-354.

BUCH Henri, « La nature des principes généraux du droit », *RDIDC*, 1962, n°2, pp. 55-79.

BUTLER (de) Frédéric, « Le principe de subsidiarité dans l'entreprise », *La lettre du centre d'études des entreprises*, 2005, n° 53, p. 1 et suiv.

BYK Christian, « Force normative et multiplicité des sources en droit international des sciences de la vie », *JDI (Clunet)*, 2009, n° 2, var. 3.

C

CAMILLERI Anne, « De la démythification juridique à l'ambiguïté politique de la subsidiarité », *Actualités communautaires*, 1993, p. 7 et suiv.

CANIVET Guy, « Activisme judiciaire et prudence interprétative », *Arch. Phil. Droit* 50, 2006, pp. 9-31.

CAROZZA Paolo, « Subsidiarity as a Structural principle of International Human Rights Law », *AJIL*, 2003, pp. 38-79.

CARTER William M., « Rethinking Subsidiarity in International Human Rights Adjudication », *Hamline Journal of Public Law and Policy*, 2009, n°30, pp. 319-334.

CHABERT Cyril, « Pour un réexamen de la question de l'applicabilité directe de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant », *JCP G.*, 2003, n°18, I 129

CHABOT Gérard, « Retour sur la subsidiarité des demandes en justice », *LPA*, 2013, n°131, pp. 7-10.

CHALTIEL TERRAL Florence, « Le principe de subsidiarité après Lisbonne », *LPA*, 2013, n°89, pp. 4-11.

CHARPENTIER Jean, « Quelle subsidiarité ? », *Pouvoirs*, 1995, n°69, pp. 49-62.

CHAVENT-LECLERE Anne-Sophie, « Subsidiarité de la détention provisoire même en cas de délinquance organisée », *Procédures*, 2012, n°12, p. 30 et suiv.

CHAVRIER Géraldine, « L'expérimentation locale : vers un Etat subsidiaire ? », *Annuaire des collectivités locales*, 2004, Vol. 24, n°24, pp. 43-52.

CHRISTOPHE TCHAKALOFF Marie-France, « La subsidiarité : du vice et de la vertu de l'ambiguïté », *RPP*, 1993, n°964, pp. 70-78.

CLERGERIE Jean-Louis, « Les origines du principe de subsidiarité », *LPA*, 1993, n° 97, p. 34 et suiv.

COHEN-JONATHAN Gérard

- « Universalité et Singularité des Droits de l'Homme », *RTDH*, 2003, n° 53, p. 3 et suiv.
- « A propos des arrêts Assanidzé (8 avril 2004), Ilascu (8 juillet 2004) et Issa (16 novembre 2004). Quelques observations sur les notions de “ juridiction ” et d’“ injonction ” », *RTDH*, 2005, n°64 pp. 767-785.

COMBACAU Jean, « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale des Etats », *Pouvoirs*, 1993, n°67, pp. 47-58.

CONSTANTINESCO Vlad, « La subsidiarité comme principe constitutionnel de l'intégration européenne », *Swiss Review of International Economic Relations*, 1991, pp. 439- 459.

COSTA Jean-Paul

- « Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : de l'influence de différentes traditions nationales », *RTDH*, 2004, pp. 101-110.
- « Principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme », *Dalloz*, 2010, n°22, pp. 1364-1367.

D

DE BECHILLON Denis, « Cinq cours suprêmes ? Apologie (mesurée) du désordre », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 33 et suiv.

DE BECO Gauthier, « Le droit au respect de la vie privée dans les relations de travail au sein des sociétés religieuses. L'approche procédurale de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2011, n°86, pp. 375-393.

DECAUX Emmanuel, « L'entrée en vigueur du Protocole n°14 de la Convention EDH. Too late and too little... », *JCP G.*, 2010, n°23, 616.

DEHOUSSE Renaud, « La subsidiarité et ses limites », *Annuaire européen*, 1992, n°40, pp. 27-46.

DE LAMY Bertrand, « QPC : refus de transmission », *RSC*, 2011, p. 178 et suiv.

DELCAMP Alain, « Droit constitutionnel et droit administratif : principe de subsidiarité et décentralisation », *RFDC*, n°23, 1995, pp. 609-624.

DELMAS-MARTY Mireille

- « Réinventer le droit commun », *Dalloz*, 1995, 1^{er} cahier, Chron., p. 2 et suiv.
- « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *Dalloz*, 2006, n°14, pp. 951-957.

DELMAS-MARTY Mireille et IZORCHE Marie-Laure, « Marge national d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *RIDC*, 2000, pp. 753-780.

DELMAS-MARTY Mireille et COSTE Jean-François, « Logiques non standard : Les droits de l'homme », *Le genre humain*, Paris, Seuil, 1997, n°33, pp. 135-154.

DEROSIER Jean-Philippe, « La dialectique centralisation / décentralisation. Recherches sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité », *RIDC*, 2007, pp. 107-140.

DE SCHUTTER Olivier

- « L'interprétation de la Convention européenne : essai en démolition », *RDISDP*, 1992, pp. 83-127.
- « La coopération de la Cour européenne des droits de l'homme et le juge national », *RBDI*, 1997, n°1, pp. 21-68.

DETRAZ Stéphane, « Subsidiarité de la détention provisoire par rapport au contrôle judiciaire », *JCP G.*, 2008, n° 12, act. 203.

DEUMIER Pascale, « L'avènement des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme au visa des arrêts de la Cour de cassation », *RTD civ.*, 2007, pp. 536-544.

DHOMMEAUX Jean, « Monisme et dualisme en droit international des droits de l'Homme », *AFDI*, 1995, pp. 447-468.

DOCQUIR Pierre-François, « Délai raisonnable : l'exigence d'un recours effectif en droit interne », *CDPK*, 2001, n°3, pp. 273-276.

DORD Olivier, « Systèmes juridiques nationaux et cours européennes : de l'affrontement à la complémentarité ? », *Pouvoirs*, 2001, n°96, pp. 5-18.

DOUBLET Yves-Marie, « L'interdiction de campagnes politiques publicitaires à la télévision et à la radio n'est pas contraire à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme - A propos de CEDH, grande ch., arrêt, 22 avr. 2013, n° 48876/08, Animal Defenders International c/ Royaume-Uni », *RTDH*, 2014, n° 98, pp. 483- 493.

DOUCET J. Frédéric, « Les origines et les fondements du recours au consensus en droit européen des droits de l'homme », *RDUS*, 2013, n°43, pp. 709-749.

DOURNEAU-JOSETTE Pascal

- « Le Protocole 14 à la CEDH amendant le système de contrôle de la Convention », *AJ Pénal*, 2004, p. 283 et suiv.
- « De l'esprit de la règle de l'épuisement des voies de recours internes dans la CEDH », *Justice et Cassation, Revue annuelle des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation*, 2008, pp. 78-89.
- « La saisine de la CEDH : vade mecum », *AJ pénal*, 2010, p. 58 et suiv.

DRAGO Guillaume, « Le principe de subsidiarité comme principe de droit constitutionnel », *RIDC*, 1994, pp. 584-592.

DROIN Nathalie, « Les mesures provisoires de la Cour européenne des droits de l'homme, un nouvel instrument au service du juge de l'urgence », *AJDA*, 2010, n°37, pp. 2089-2093.

DRZEMCZEWSKI Andrew, « Quelques réflexions sur l'autorité de la chose interprétée par la Cour de Strasbourg », *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, 2011, n°58, pp. 85-90.

DUBOUT Edouard

- « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2007, n°70, pp. 397-425.
- « Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la Cour européenne », *RTDH*, 2008, n°74, pp. 383-418.

DUCOULOMBIER Peggy

- « Qualité de la vie et Convention européenne des droits de l'Homme », *RDSS*, 2014, p. 1047 et suiv.
- « Animal defenders International c. Royaume-Uni : victoire du dialogue institutionnel ou déférence injustifiée à l'égard des principes du droit britannique ? », *JEDH*, 2014 n°1, pp. 3 à 28.
- « Tenue correcte exigée. Observations sous l'arrêt CEDH, gr. ch, 1er juillet 2014, S.A.S. c/ France », *RTD Eur.*, 2015, p. 95 et suiv.

DUFAY DE CHOISINET Patrick, « La subsidiarité, un principe juridique contesté », *Praxis juridique et religion*, 1990, vol. 7, n°1, p. 55 et suiv.

E

EDELMAN Bernard, « La Cour européenne des droits de l'homme : une juridiction tyrannique ? », *Dalloz*, 2008, n°28 / 7345, pp. 1946-1953.

ESPOSITO Vitaliano, « La liberté des Etats dans le choix des moyens de mise en œuvre des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2003, n°55, pp. 823-849.

F

FERCOT Céline, « Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en droit allemand. Analyse de la jurisprudence récente de la Cour de Karlsruhe et regards sur le droit français », *RFDC*, 2007/3, n°71, pp. 639-665.

FINES Francette, « Le principe de subsidiarité », *Annuaire de droit européen*, 2008, Vol. XI, pp. 211-222.

FLAUSS Jean-François

- « Convention européenne des droits de l'homme et droit administratif », *AJDA*, 1995, p. 719 et suiv.
- « Faut-il transformer la Cour européenne des droits de l'homme en juridiction constitutionnelle? », *Dalloz*, 2003, p. 1638 et suiv.
- « Réquisitoire contre la mercantilisation excessive du contentieux de la réparation devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Dalloz*, 2003, p. 227 et suiv.
- « Mise en œuvre du droit international », *JCP A.*, Fasc. 104-5, n° 30.
- « La présence de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique dans le contentieux européen des droits de l'homme », *RTDH*, 2005, n°62, pp. 313- 331.
- « L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : du politique au juridique ou vice-versa », *RTDH*, 2009, n°77, pp. 27-72.

FODELLSDAL Andreas

- « Subsidiarity », *Journal of Political Philosophy*, 1998, vol. 6, n°2, pp. 231-259.
- « Subsidiarity, Democracy and Human rights in the Constitutional Treaty for Europe », *Journal of Social Philosophy*, 2006, pp. 61-80.
- « The Principle of Subsidiarity as a Constitutional Principle in International Law », *Global Constitutionalism*, Vol. 2, n° 1, 2013, pp. 37-62.

FOURRIQUES Michel, « Territorialité de l'IS et subsidiarité des conventions fiscales internationales », *LPA*, 2013, n°36, pp. 11-14.

FRAISSE Régis, « Quelle est la portée du " principe de subsidiarité " », *Dr. adm.*, 2005, n°8-9, pp. 21-22.

FRICERO Natalie, « Motivation du jugement et principe de subsidiarité », *Procédures*, 2012, n°7, pp. 12-14.

FRUMER Philippe, « Quand droits de l'homme et droit international humanitaire s'emmêlent – Un regard critique sur l'arrêt Hassan c. Royaume-Uni », *RTDH*, 2015, n°102, pp. 481-508.

FULCHIRON Hugues, « La CEDH n'impose pas l'ouverture du mariage aux couples de même sexe – ECHR : no obligation to allow same sex couples to marry », Note sous l'arrêt CEDH, 24 juin 2010, n° 30141/04, Schalk et Kopf c/ Autriche, *JCP G.*, 2010, n°41, 1013

G

GADBIN Daniel, « L'association des partenaires économiques et sociaux organisés aux procédures de décision en droit communautaire », *RTDE*, 2000, p. 1 et suiv.

GANSHOF VAN DER MEERDCH Walter, « La référence au droit interne des Etats contractants dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RIDC*, 1980, pp. 319-333.

GAUDIN Hélène, « Les principes d'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes et la subsidiarité », *RAE*, 1998 (n°1-2), pp. 10-27.

GAUTRON Jean-Claude, « Subsidiarité ou néo-subsidiarité », *RAE*, 1998 (n°1-2), pp. 3-8.

GERARD Philippe, « Aspects de la problématique actuelle des principes généraux du droit », *Déviante et société*, 1988, Vol. 12, n°1, pp. 75-90.

GERKRATH Jörg, « L'effet contraignant des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme vu à travers le prisme de la Cour constitutionnelle allemande », *RTDH*, 2006, n°67, pp. 713-734.

GIROLAMO Strozzi, « Le principe de subsidiarité dans la perspective de l'intégration européenne, une énigme et beaucoup d'attentes », *RTDE*, 1994, p. 373 et suiv.

GOHIN Olivier, « Les principes directeurs du procès administratif en droit français », *RDP* n°1, 2005, pp. 171-181.

GONZALEZ Gérard

- « Droit à l'instruction et respect des convictions religieuses et philosophiques des parents », note sous l'arrêt EDH, gr. ch., 18 mars 2011, n° 30814/06, Lautsi et a. c/ Italie, *JCP G.*, 2011, n°20, 601.
- « Du bon usage de la synergie des sources dans la construction, par la Cour européenne des droits de l'homme, du droit à la liberté syndicale », *RTDH*, 2015, n°103, pp. 589-602.

GOUTTENOIRE Adeline et SUDRE Frédéric, « La conventionnalité du refus de l'adoption par la concubine de l'enfant de sa compagne », note sous l'arrêt CEDH, Gas et Dubois c/France du 15 mars 2012, *JCP G.*, 2012, n°19, 589.

GROULIER Cédric, « La normativité des lois de programmation au prisme de la QPC. A propos de CE, 18 juill. 2011, n°340512, *Fédération nationale des chasseurs, Fédération départementale des chasseurs de la Meuse* », *AJDA*, 2012, p. 1047 et suiv.

GUILLOUD Laetitia, « Le principe de subsidiarité en droit communautaire et en droit constitutionnel », *LPA*, 2007, n°79, pp. 53-62.

H

HELPER R. Laurence, « Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights », 26, *Cornell International Law Journal*, 1993, pp. 133-165.

HERTIG RANDALL Maya et RUEDIN Xavier-Baptiste, « "Judicial activism" et exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : CEDH (Gde Ch.), Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse (n° 2), 30 juin 2009 », *RTDH*, 2010, n° 81, pp. 421-443.

HERVIEU Nicolas, « La cour européenne des droits de l'homme, alchimiste de la liberté syndicale », *RDT*, 2009, p. 288 et suiv.

HOFFMAN Florian et **RINGELHEIM Julie**, « Par-delà l'universalisme et le relativisme : la Cour européenne des droits de l'homme et les dilemmes de la diversité culturelle », *RIEJ*, 2004, n°52, pp. 109-142.

HONCKER Laurent, « La procédure de saisine de la Cour européenne des droits de l'homme : pratique et perspectives », *AJ Famille*, 2004, p. 393 et suiv.

HOTTELIER Michel, « La nécessaire complémentarité des droits matériels et des garanties de procédures », *RTDH*, 2007, n°70, pp. 573-586.

I

IMBERT Pierre-Henri, « L'apparente simplicité des droits de l'homme : réflexions sur les différents aspects de l'universalité des droits de l'homme », *RUDH*, 1989, pp. 19-29.

J

JAMIN Christophe, « Motivation. - Cour de cassation : une question de motivation », *JCP G.*, 2015, n° 29, doct. 878.

JEAMMAUD Antoine, « Les principes dans le droit français du travail », *Droit social*, 1982, p. 618 et suiv.

K

KIRSEY Valeriya et **PORTALIS Hughes**, « Droit fondamentaux : du bon usage de la guerre des juges par le justiciable », *JCP G.*, 2010, n°28, doct. 799.

KOERING-JOULIN Renée et **SEUVIC Jean-François**, « Droits fondamentaux et droit criminel », *AJDA*, 1998, p. 116 et suiv.

KOURALEVA-CAZALS Polina, « La subsidiarité des conventions fiscales au regard des questions de qualification. Note sous Cour de cassation, Assemblée plénière, 2 octobre 2015, pourvoi numéro 14-14.256 », *Droit et Patrimoine*, 2016, n°255, pp. 63-65.

KRENC Frédéric

- « Une application stricte de la règle de l'épuisement des voies de recours internes, obs. sous Cour EDH, arrêt *Azinas c. Chypre* du 28 avril 2004 », *JT*, 2004, p. 627 et suiv.
- « Délai raisonnable, recours effectif et épuisement des voies de recours internes », *JT*, 2011, pp. 370-371.

KRENC Frédéric et **VAN DROOGHENBROECK Sébastien**, « Le Protocole n°14 : 'cautère sur une jambe de bois' ou véritable garantie de l'efficacité à long terme de la Cour européenne des droits de l'homme ? », *JT*, 2010, pp. 493-502.

L

LABAYLE Henri, « Droits fondamentaux et droits européens », *AJDA*, 1998, pp. 75-91.

LAMBERT-ABDELGAWAD Élisabeth

- « La pratique récente de réparation des violations de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : plaider pour la préservation d'un acquis remarquable », *RTDH*, 2000, pp. 199-227.
- « Le réexamen de certaines affaires suite à des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2001, pp. 715-742.
- « La cour européenne au secours du comité des ministres pour une meilleure exécution des arrêts pilotes », *RTDH*, 2005, n°61, pp. 203-224.
- « L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *AJ Pénal*, 2010, p. 67 et suiv.

LARRALDE Jean-Manuel, « La Cour de Strasbourg face à “ l'obstination déraisonnable ” des traitements dispensés aux personnes en état végétatif chronique », *RTDH*, 2015, n°104, p. 1097 et suiv.

LARRIBAU-TERNEYRE Virginie

- « A propos de la subsidiarité de l'action fondée sur l'enrichissement sans cause », *Droit de la famille*, 2008, n°10, pp. 20-21.
- « Refus de transmission d'une QPC », *Droit de la famille*, 2012, n° 11, comm. 166.

LASSERRE-KIESOW Valérie, « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », *Dalloz*, 2006, p. 2279 et suiv.

LEGROS Pierre et COENRAETS Philippe, « La règle de l'épuisement des voies de recours internes et l'accès effectif à une juridiction dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1998, n°33, pp. 27-35.

LENAERTS Konrad, « Les rapports entre juridictions suprêmes dans l'ordre juridique institué par la CEDH », *CDE*, 1983, pp. 186-206.

LEVADE Anne

- « La QPC pourrait-elle être un recours interne à épuiser ? (CEDH, 30 avril 2013, Hazan Uzun c/ la Turquie, n° 10755/13) », *Constitutions*, 2013, pp. 192-194.
- « Ultime hypothèque levée : l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public n'est pas contraire à la Convention EDH ! », Note sous l'arrêt CEDH, gr. ch., 1er juill. 2014, n° 43835/11, S.A.S. c/ France, *JCP G.*, 2014, n°39, 974.

LEVINET Michel, « Les présupposés idéologiques de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *LPA*, 2010, n°254, pp. 9-16.

LEVIVIER Julia, « Interdiction des minarets ; Note sous Cour européenne des droits de l'homme, deuxième section, 28 juin 2011, Ouardiri contre Suisse et Ligues des musulmans de Suisse et autres contre Suisse, requêtes numéros 65840/09 et 66274/09 », *Journal du droit international (Clunet)*, 2012-3, pp. 1084-1085.

LORD LESTER OF HERNE HILL, « Universality versus subsidiarity: a replay », *EHRLR*, 1998, pp. 71-81.

LOUVEL Bertrand, « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », *JCP G.*, 2015, n°43, 1122.

LUCAS François-Xavier, « Exercice de l'action en paiement des dettes sociales », *Droit des sociétés*, 2006, n° 5, comm. 73.

M

MABAKA Placide « L'incorporation de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique britannique », *RTDH*, 2002, pp. 11-42.

MAHONEY Paul, « Universality versus subsidiarity in the Strasbourg Cases Law on Free Speech: Explaining some recent judgments », *EHRLR*, 1997, pp. 364-379.

MALINVERNI Giorgio, « Le protocole n°15 à la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2015, n° 101, pp. 51-63.

MARGUENAUD Jean-Pierre

- « La reconnaissance de l'autorité interprétative des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme par les juges du fond ou comment expurger le droit de la famille de ses archaïsmes sans attendre le législateur », *RTD civ.*, 2000, pp. 930-932.
- « La soumission des mesures provisoires aux exigences du droit à un procès équitable et la dénonciation du lien de fraternité entre le juge et l'avocat de la partie adverse ou les grandes conséquences d'une affaire sans importance », *RTD civ.*, 2010, p. 285 et suiv.
- « La reconnaissance par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation de l'autorité interprétative des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ou : la révolution du 15 avril », *RTD civ.*, 2011, pp. 725-731.

MARGUENAUD Jean-Pierre et MOULY Jean

- « Le droit à négociation collective, partie inséparable de la liberté syndicale », *JCP G.*, 2007, n°10, II 10038.
- « L'avènement d'une Cour européenne des droits sociaux (à propos de CEDH, 12 novembre 2008, Demir et Baykara c/ Turquie), *Dalloz*, 2009, p. 739 et suiv.

MARTIN-CHENUT Kathia, « Le renforcement des obligations positives de nature pénale dans la jurisprudence interaméricaine : l'exemple des graves violations des droits de l'homme commises pendant les dictatures des pays du Cône Sud », *RSC*, 2010, n°3, pp. 705-725.

MATHIEU Bertrand, « Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *Dalloz*, 1995, pp. 211-212.

MATSCHER Franz, « La Cour européenne des droits de l'homme hier, aujourd'hui et demain, au lendemain de son cinquantième anniversaire », *RTDH*, 2009, n°80, pp. 901-921.

MAYAUD Yves, « Tout travail forcé est incompatible avec la dignité humaine », *RSC*, 2009 p. 376 et suiv.

MILANO Laure, « Nouvelle étape dans le renforcement de l'exécution des arrêts de la Cour EDH », Note sous l'arrêt CE, ass., 30 juill. 2014, n° 358564, *JCP G.*, 2014, n°43, 1089.

MILLARD Éric, « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », *CCC*, n°21, janvier 2007, pp. 59-62.

MODERNE Franck

- « Principes fondamentaux, principes généraux. Actualité des principes généraux du droit », *RFDA*, 1998, p. 495 et suiv.
- « Les principes : permanence et nouveauté », *RFDA*, 1999, pp. 722-742.

- « Existe-t-il un principe de subsidiarité fonctionnelle ? », *RFDA*, 2001, p. 563 et suiv.

N

NAUDET Jean-Yves, « Le principe de subsidiarité : ambiguïtés d'un concept à la mode », *Journal des Economistes et des Etudes Humaines*, 1992, vol. 3, n°2-3, pp. 319-331.

O

OLINGA Alain-Didier et **PICHERAL Caroline**, « La théorie de la marge nationale d'appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1995, pp. 567-604.

P

PARISI Claude, « L'extension du système de juge unique en Europe », *RIDC*, 2007, vol 59, n°3, pp. 647-671.

PASTRE-BELDA Béatrice

- « La Cour européenne des droits de l'homme – Entre promotion de la subsidiarité et protection effective des droits », *RTDH*, 2013, n°94, pp. 251-274.
- « Et si la Cour européenne des droits de l'homme renonçait à l'interprétation consensuelle ? », *RTDH*, 2015, n°101, pp. 89-113.

PERDRIAU André, « Visa inutile de la Convention européenne des droits de l'homme », *Les annonces de la seine*, 2003, n°10, p. 8 et suiv.

PERLO Nicoletta, « La Cour constitutionnelle italienne et ses résistances à la globalisation de la protection des droits fondamentaux : un 'barrage contre le Pacifique' ? », *RFDC*, n°95, 2013, pp. 717-734.

PICHERAL Caroline et **SURREL Hélène**, « Droit communautaire des droits fondamentaux », *Chronique de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, *RTDH*, 2004, n°59, pp. 721-745.

PICOD Fabrice, « La normativité du droit communautaire », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n°21 (dossier : La normativité), 2007, pp. 94-99.

PINTO Monica, « La réparation dans le système interaméricain des droits de l'homme. A propos de l'arrêt Aloeboetoe », *AFDI*, vol. 42, 1996, pp. 733-747.

PONTIER Jean-Marie, « La subsidiarité en droit administratif », *RDP*, 1986, p. 1515 et suiv.

PUTMAN Emmanuel

- « Remarques sur la demande subsidiaire », *JCP G.*, 1991, n°10, I 3493.
- « La Convention européenne des droits de l'homme serait-elle subsidiaire par rapport au droit français ? », *Dr. et patrimoine*, 2002, n°101, p. 101 et suiv.

R

RABILLER Stéphanie, « Clair-obscur des obligations procédurales jurisprudentielles (A propos des obligations positives d'ordre procédural dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme) », *LPA*, 2005, n° 147, pp. 6 – 12.

RADE Christophe et GERVIER Pauline, « Nouveau refus de transmission d'une QPC concernant le statut des salariés protégés : quand la Cour de cassation est à la fois juge et partie... », *Constitutions*, 2013, p. 240 et suiv.

RAYNARD Jacques, « Principes du droit européen du contrat d'assurance : l'articulation des principes avec le droit commun européen du contrat », *RGDA*, 2009, n°3, pp. 1046-1053.

RIGAUDIERE Albert, « L'invention de la souveraineté », *Pouvoirs*, 1993, n°67, pp. 6-20.

RIGAUX François, « Le droit au singulier et au pluriel », *RIEJ*, 1982, p. 30 et suiv.

ROBBE Charlotte et TRAVADE-LANNOY Stéphanie, « Le principe de non-discrimination à raison de la naissance doit primer sur l'impératif de sécurité juridique ; Note sous Cour européenne des droits de l'homme, Grande Chambre, 7 février 2013, Fabris c/ France, numéro 16574/08 », *GP*, 2013, n°79-80, pp. 11-14.

ROLLAND Patrice, « L'interprétation de la Convention », Le juge administratif français et la CEDH, *RUDH*, 1991, p. 280 et suiv.

ROMAN Diane, « L'avortement devant la Cour européenne », *RDSS*, 2007, p. 643 et suiv.

ROSOUX Géraldine, « La règle de l'épuisement des voies de recours internes et le recours au juge constitutionnel : une exhortation aux dialogues des juges », *RTDH*, n°71, 2007, pp. 757-822.

ROUBLOT Philippe, « La recevabilité des requêtes devant la Cour européenne des droits de l'homme », *AJ Pénal*, 2010, p. 63 et suiv.

ROUYERE Aude

- « Le juge administratif et les règles garantissant les libertés », *Jurisclasseur Libertés*, Facs. 250, lexisNexis, 2009.
- « L'exigence de précaution saisie par le juge », *RFDA*, 2000, p. 266 et suiv.

RUVANOT Marie-Clotilde, « Le protocole n° 16 à la Convention européenne : réflexions sur une nouvelle espèce du genre », *RGDIP*, 2014, n°1, pp. 71-93.

S

SADELEER (de) Nicolas, « Particularités de la subsidiarité dans le domaine de l'environnement », *Droit et société*, 2012, n°80, pp. 73-89.

SAUVE Jean-Marc, « Principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme », *Dalloz*, 2010, p. 1368 et suiv.

SCHELTER Kurt, « La subsidiarité : principe directeur de la future Europe », *RMC*, 1991, n°344, pp. 138-140.

SCHWARZE Jürgen, « Le principe de subsidiarité dans la perspective du droit constitutionnel allemand », *RMCUE*, 1993, pp. 615-619.

SENNA Eric, « Atteintes à la dignité du détenu lors d'escortes ou de consultations médicales ; Note sous Cour européenne des droits de l'homme, cinquième Section, 26 mai 2011, Duval contre France, arrêt numéro 19868/08 », *GP*, aout 2011, n°233-237, pp. 10-14.

SERMET Laurent, « L'obscur clarté de la notion prétorienne d'arrêt pilote », *RGDIP*, 2007, n°4, pp. 863-878.

SICILIANOS Linos-Alexandre, « L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme. A propos du Protocole n.16 à la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2014, n°97, pp. 9-29.

SIMON Denys, « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire », *RAE*, 1998 (n°1-2), pp. 84-94.

SPANO Robert, « Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity », *Human Rights Law Review*, 2014, vol. 14, n° 3, pp. 487-502.

SPIELMANN Dean, « En jouant sur les marges - La Cour européenne des droits de l'homme et la théorie de la marge d'appréciation nationale: abandon ou subsidiarité du contrôle européen ? », *Journal des tribunaux Luxembourg*, 2010, n°10, pp. 117-127.

SUDRE Frédéric

- « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre juridique interne », *RUDH*, 1991, pp. 259-274.
- « Fonction publique et Convention européenne des droits de l'homme. L'arrêt Vogt de la Cour européenne des droits de l'homme, ou l'art de l'illusionnisme juridique », *RTDH*, 1996, n°27, pp. 405-432.
- « La communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité de Maastricht. Vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme ? », *JCP G.*, 1998, n°1, I 100.
- « A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G.*, 2001, n°28, I 335.
- « Vers la normalisation des relations entre le Conseil d'Etat et la Cour européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 2006, pp. 286-298.
- « Convention Européenne des Droit de l'Homme - Caractères généraux », *JurisClasseur*, Europe Traité, Fasc. 6500, LexisNexis, 2007.
- « L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2008, n°76, pp. 917-947.
- « Question préjudicielle de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », *RDP*, 2009, p. 671 et suiv.
- « L'interprétation constructive de la liberté syndicale, au sens de l'article 11 de la Convention EDH », Commentaire à propos de l'arrêt CEDH, gr. ch., 12 nov. 2008, n° 34503/97, Demir et Baykara c/ Turquie, *JCP G.*, 2009, n°5, II 10018.
- « A propos de l'obligation d'exécution d'un arrêt de condamnation de la Cour Européenne des Droits de l'homme », Note sous l'arrêt Conseil d'État, Section, 4 octobre 2012, *Baumet*, n° 328502, *RFDA*, 2013, p. 103 et suiv.
- « La subsidiarité, " nouvelle frontière " de la Cour EDH. A propos des protocoles 15 et 16 à la Convention », *JCP G.*, 2013, n°42, doctr. 1086.

- « De QPC en Qpc... ou le Conseil constitutionnel juge de la Convention EDH », *JCP G.*, 2014, n° 41, doct. 1027.
- « Principe non bis in idem et Convention EDH : la décision en trompe l'œil du Conseil constitutionnel », Note sous l'arrêt Cons. const., déc. 18 mars 2015, n° 2014-453/454 QPC, n° 2015-462 QPC, *JCP G.*, 2015, n°13, 368.
- « La compatibilité avec l'article 6, § 1 de la Convention EDH du refus de renvoi d'une QPC au Conseil constitutionnel », Note sous l'arrêt CEDH, déc., 25 août 2015, n° 3569/12, Renard c/ France, *JCP G.*, 2015, n°46-47, 1257.
- « La mystification du “ consensus ” européen », *JCP G.*, 2015, n°50, doct. 1369

SURREL Hélène, «Le contentieux français des associations communales de chasse agréées devant la Cour de Strasbourg : suite et fin », Note sous l'arrêt CEDH, gr. ch., 4 oct. 2012, n° 57412/08, Chabauty c/ France, *JCP G.*, 2012, n°50, 1351.

T

TAVERNIER Paul,

- « La Convention européenne des droits de l'homme, interprétation et application », *JurisClasseur Droit international*, Fasc. 155-E.
- « Contribution de la jurisprudence de la Cour EDH relative au droit de la responsabilité internationale en matière de réparation: une remise en cause nécessaire », *RTDH* 2007, p. 945 et suiv.

TELLIER-CAYROL Véronique, « La question prioritaire de constitutionnalité, voie de recours interne ? », *AJ Pénal*, 2011, pp. 25-26.

TERRE François, « Un juge créateur du droit ? NON merci ! », *APD*, 2006, vol. 59, p. 305 et suiv.

TIMSIT Gérard, « Normativité et régulation », *CCC*, janvier 2007, n°21 (dossier : La normativité), pp. 84-87.

TOTH Akos, « Is subsidiarity Justiciable ? », *European Law Review*, 1994, n°19, pp. 268-285.

TOUZE Sébastien, « Les techniques interprétatives des organes de protection des droits de l'homme », *RGDIP*, 2011, n°2, pp. 517-532.

TRAIN François-Xavier et **JOBARD-BACHELLIER Marie-Noëlle**, « Ordre Public International - Notion d'ordre public en droit international privé », *JurisClasseur Droit international*, Fasc. 534-1, 2008

TRICOIT Jean-Philippe, « Refus d'aménagement du temps de travail pour garde d'enfant : l'Etat doit veiller à l'exécution de la décision judiciaire condamnant l'employeur pour discrimination - A propos de CEDH, 3e sect., arrêt, 19 févr. 2013, n° 38285/09, Garcia Mateos c/ Espagne », *JCP S.*, 2013, n° 30, pp. 30-32.

TROPER Michel, « Justice Constitutionnelle et démocratie », *RFDC*, 1990, pp. 34-48.

TULKENS Françoise, « Pour les 60 ans de la Convention européenne des droits de l'homme : bilan, questions critiques et défis », *RTDH*, n° 2014/98, p. 333 et suiv.

TULKENS Françoise et **DONNAY Luc**, « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ? », *RSC*, 2006, p. 3 et suiv.

W

WACHSMANN Patrick, « La volonté de l'interprète », *Droits*, 1999, n°28, pp. 29-45.

WACHSMANN Patrick et **MARIENBURG-WACHSMANN Aluma**, « La folie dans la loi. Considérations critiques sur la nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de transsexualisme. En marge des arrêts Christine Goodwin c. le Royaume-Uni et I. c. le Royaume-Uni du 11 juillet 2002 », *RTDH*, n°26, 2003, pp. 1157-1181.

WEIL Prosper, « Le droit international en quête de son identité », *RCADI*, vol. 237, 1992-VI, pp. 9-370.

WILDHABER Luzius, « Un avenir constitutionnel pour la Cour européenne des Droits de l'Homme ? », *RUDH*, 2002, pp. 1-6.

WILDHABER Luzius, **HJARTARSON Arnaldur** et **DONNELLY Stephen**, « No Consensus on Consensus ? : The Practice of the European Court of Human Rights », *Human Rights Law Journal*, 2013, vol. 33, pp. 248-263.

Z

ZAGREBELSKY Gustavo, « Existe-t-il une politique jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle italienne ? », *CCC*, 2006, n° 20, pp. 132-134 .

ZATTARA-GROS Anne-Françoise, « N'est pas tiers qui veut ! - À propos de l'associé d'une société civile, prêteur à celle-ci... », Note sous l'arrêt Cass. com., 3 mai 2012, n° 11-14.844, *JCP G.*, n° 38, 2012, 992.

ZOLLER Elisabeth, « Considérations sur les causes de la puissance de la Cour suprême des États-Unis et de sa retenue », *NCCC*, n° 33, octobre 2011, pp. 231-251.

B- Contributions issues de Mélanges

B

BENOIT Francis Paul, « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique. Les leçons de la Philosophie du droit de Hegel », in *Mélanges Gustave PEISER*, PUG, 1995, pp. 23-38.

BIRSAN Corneliu, « Les aspects nouveaux de l'application des articles 41 et 46 de la Convention dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Trente ans de droit européen des droits de l'homme : études à la mémoire de Wolfgang STRASSER*, Bruylant, 2007, pp. 19-45.

BOULOUIS Jean, « A propos de la fonction normative de la jurisprudence : remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de justice des Communautés européennes », in *Mélanges Marcel WALINE : le juge et le droit public*, LGDJ, 1974, pp. 149-162.

BURGORGUE-LARSEN Laurence, « Nothing is perfect. Libres propos sur la méthodologie interprétative de la Cour européenne », *Mélanges en l'honneur de J-F FLAUSS*, Pedone, 2014, pp. 101-115.

C

CADIET Loïc, « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès », in *Etudes offertes à Jacques NORMAND, Justice et droits fondamentaux*, Litec, 2003, pp. 71-110.

CAFLISCH Lucius, « La déclaration d'Interlaken : un tournant dans l'histoire de la Cour de Strasbourg ? », in *La conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA*, Dalloz, 2011, pp. 95-108.

CALLEWAERT Johan

- « Quel avenir pour la marge d'appréciation ? », in *Mélanges à la mémoire de Rolv RYSSDAL, Protection des droits de l'homme : la perspective européenne*, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, pp. 147-166.
- « La Convention européenne des droits de l'homme entre effectivité et prévisibilité », in *Mélanges en l'hommage à Pierre LAMBERT : Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Bruylant, 2000, pp. 94-108.

CANIVET Guy et MOLFESSIS Nicolas, « La politique jurisprudentielle », in *Mélanges en l'honneur de J. BORE, la création du droit jurisprudentiel*, Dalloz, 2007, pp. 79-97.

CARDET Christophe, « Le principe de subsidiarité de la détention provisoire », in *Mélanges Reynald OTTENHOF*, Dalloz, 2006, pp. 297-312.

CARRILLO SALCEDO Juan Antonio, « Souveraineté des Etats et droits de l'homme en droit international contemporain », in *Protection des droits de l'Homme : dimension européenne. Mélanges en l'honneur de Gérard J. WIARDA*, Carl Heymanns Verlag, 1998, pp. 91-95.

COHEN-JONATHAN Gérard

- « Le rôle des principes généraux dans l'interprétation et l'application de la Convention Européenne des Droits de l'Homme », in *Mélanges en l'honneur de Louis-Edmond PETTITI*, Bruylant, 1998, pp. 165-196.
- « La convention européenne des droits de l'homme et les systèmes nationaux des Etats contractants », in *Mélanges en l'honneur de Nicolas VALTICOS : droit et justice*, Pedone, 1999, pp. 385-404.
- « Quelques considérations sur la réparation accordée aux victimes d'une violation de la CEDH », in *Mélanges en l'hommage à Pierre LAMBERT : Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Bruylant, 2000, pp. 109-140.
- « La fonction quasi constitutionnelle de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU*, Dalloz, 2007, pp. 1127-1154.

COHEN-JONATHAN Gérard et FLAUSS Jean-François, « La Convention européenne des droits de l'homme et la volonté des Etats », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques : Etudes à la mémoire du Professeur A. RIEG*, Bruylant, 2000, pp. 161-186.

COMBACAU Jean, « Obligations de résultat et obligations de comportement – quelques questions et pas de réponses », in *Le droit international, unité et diversité. Mélanges offerts à Paul REUTER*, Pedone, 1981, pp. 181-204.

CONSTANTINESCO Vlad, « Le principe de subsidiarité : un passage obligé vers l'Union européenne ? », in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean BOULOUIS*, Dalloz, 1991, pp. 35-45.

COSTA Jean-Paul, « La Cour européenne des droits de l'homme : un juge qui gouverne ? », in *Etudes en l'honneur de Gérard TIMSIT*, Bruylant, 2004, pp. 67-88.

D

DAVID Cyrille, « le principe de subsidiarité : droits privé et fiscal français et droit communautaire », in *Droit et vie des affaires, Etudes à la mémoire d'Alain SAYAG*, Litec, 1997, pp. 205-225.

DE BECHILLON Denis, « Comment traiter le pouvoir normatif du juge ? », in *Libres propos sur la source du droit, Mélanges en l'honneur de P. JESTAZ*, Dalloz, 2006, pp. 29-34.

DE BRUYN Donatienne, « Le droit à un recours effectif », in *Mélanges en l'hommage à Pierre LAMBERT: Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Bruylant, 2000, pp. 185-206.

DELMAS MARTY Mireille, « Le rôle du juge européen dans la reconnaissance du jus commune-Signification et limites », in *Protection des droits de l'Homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv RYSSDAL*. Carl Heymanns Verlag KG, 2000, pp. 397-414.

DE SALVIA Michèle

- « Contrôle européen et principe de subsidiarité : faut-il encore (et toujours) émarger à la marge d'appréciation ? », in *Protection des droits de l'Homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv RYSSDAL*. Carl Heymanns Verlag KG, 2000, pp. 373-385.
- « La satisfaction équitable au titre des mesures individuelles et la pratique des organes de la Convention européenne des droits de l'homme : qu'en est-il du principe de sécurité juridique ? », in *Trente ans de droit européen des droits de l'homme : études à la mémoire de Wolfgang STRASSER*, Bruylant, 2007, pp. 45-53.

DRZEMCZEWSKI Andrew, « Quelques réflexions sur l'autorité de la chose interprétée de la Cour de Strasbourg », in *La conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA*, Dalloz, 2011, pp. 243-247.

DUBOIS Louis, « Le droit à cheval sur les principes généraux », in *Drôle(s) de droit(s). Mélanges en l'honneur d'Elie ALFANDARI*, Dalloz, 2000, p. 251 et suiv.

DUTHEILLET DE LAMOTHE Olivier, « Conseil Constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme : un dialogue sans parole », in *Mélanges en l'honneur du président Bruno GENEVOIS*, Dalloz, 2009, pp. 403-417.

E

EVRIGENIS Dimitrios, « L'interaction entre la dimension internationale et la dimension nationale de la Convention européenne des droits de l'homme : Notions autonomes et effet direct », in *Mélanges offerts à Hermann MOSLER*, Springer Verlag, 1983, pp. 193-202.

F

FLAUSS Jean-François, « La procéduralisation des droits substantiels de la Convention européenne des droits de l'homme au service de la lutte contre les pollutions et nuisances », in *Mélanges en l'honneur de M. PRIEUR, Pour un droit commun de l'environnement*, Dalloz, 2007, p. 1265 et suiv.

FINLAY Thomas A., « Judicial self-restraint », in *Protection des droits de l'Homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv RYSSDAL*. Carl Heymanns Verlag KG, 2000, pp. 499-505.

G

GAUDEMET Yves, « Libres propos sur la subsidiarité, spécialement en Europe », in *Mélanges Paul AMSELEK*, Bruylant, 2005, pp. 315-329.

GENEVOIS Bruno, « Cour européenne des droits de l'homme et juge national : dialogue et dernier mot », in *La conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA*, Dalloz, 2011, pp. 281-292.

GREWE Constance, « Quelques réflexions sur la fonction de juger à partir de l'arrêt *Mamatkoulou c. Turquie* rendu par la Cour EDH », in *Essays in Honour of Christian TOMUSCHAT*, N.P. Engel Verlag, 2006, pp. 527-544.

GROS André, « Le recherche du consensus dans les décisions de la Cour internationale de justice », in *Mélanges offerts à Hermann MOSLER*, Springer Verlag, 1983, pp. 351-358.

GUILLAUME Marc, « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », in *La conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA*, Dalloz, 2011, pp. 293-309.

GUYOMAR Mattias, « Le dialogue des jurisprudences entre le Conseil d'Etat et la Cour de Strasbourg : appropriation, anticipation, émancipation », *La conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA*, Dalloz, 2011, pp. 311-320.

H

HAJIEV Khanlar, « The evolution of positive obligations under the European Convention of human rights - by the European Court of human rights », in *Mélanges en l'honneur de Ch. L. ROZAKIS, La convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant*, Bruylant, 2011, pp. 207-218.

I

IMBERT Pierre-Henry, « L'avenir du passé- Une Cour européenne des droits de l'homme, pour quoi faire ? », *Trente ans de droit européen des droits de l'homme : études à la mémoire de Wolfgang STRASSER*, Bruylant, 2007, pp. 117-134.

J

JACOT GUILLARMOD Olivier, « Autonomie procédurale des Etats (article 6, 13, 35 et 46 CEDH) : de l'apport possible de la jurisprudence de Luxembourg à celle de Strasbourg », in *Protection des droits de l'Homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv RYSSDAL.*, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, pp. 617- 633.

L

LEROY Michel

- « Requiem pour la souveraineté, anachronisme pernicieux », in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques VELU*, Bruylant, 1992, pp. 91-106.
- « Propos sur l'effectivité des recours », in *Mélanges en l'hommage à Pierre LAMBERT : Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Bruylant, 2000, pp. 509-516.

LORD MACKAY OF CLASHFERN, « The margin of appreciation and the need for balance », in *Protection des droits de l'Homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv RYSSDAL.* Carl Heymanns Verlag KG, 2000, pp. 837-843.

LOUIS Jean-Victor, « Quelques remarques sur l'avenir du contrôle du principe de subsidiarité », in *Mélanges en hommage à Georges VANDERSANDEN : promenades au sein du droit européen*, Bruylant, 2008, pp. 283-306.

M

MALINVERNI Gorgio

- « La Convention EDH et son interprète principal », in *De la Constitution : Etudes en l'honneur de J-F. AUBERT*, Helbing et Lichtenhahn, 1996, pp. 405-417.
- « La compétence de la Cour pour surveiller l'exécution de ses propres arrêts », in *Mélanges en l'honneur de Ch. L. ROZAKIS, La convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant*, Bruylant, 2011, pp. 361-375.

MARIE Jean-Bernard, « De l'universalité des principes à l'universalisation des pratiques des droits de l'homme », in *Mélanges HELMONS*, Bruylant 2004, p. 219 et suiv.

MAUS Didier, « La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une cour constitutionnelle supranationale ? », in *Liber Amicorum Michel MELCHIOR*, Liège, Strasbourg, Bruxelles : *parcours des droits de l'homme*, Limal, Anthemis, 2010, pp. 477-488.

MELCHIOR Michel

- « Les cours constitutionnelles et l'épuisement des voies de recours interne au regard de la Convention Européenne des Droits de l'Homme », in *Mélanges offerts à Silvio Marcus HELMONS, avancées et confins actuels des droits de l'homme aux niveaux international, européen et national*, Bruylant, 2003, pp. 231-241.
- « Notions “ vagues ” ou “ indéterminées ” et “ lacunes ” dans la Convention européenne des droits de l'homme », in *Protection des droits de l'Homme : dimension européenne. Mélanges en l'honneur de Gérard J. WIARDA*, Carl Heymanns Verlag, 1998, pp. 411-419.

MODERNE Franck, « Le recours par le juge administratif aux principes dont s'inspire le code civil », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges Daniel LABETOUILLE*, Dalloz, 2007, p. 641 et suiv.

MOURGÉON Jacques, « L'universalité des droits de l'homme entre foi et droit », in *Libertés, justice et tolérance, Mélanges COHEN-JONATHAN*, Bruylant 2004, p. 1265 et suiv.

N

NORMAND Jacques, « La subsidiarité de la Convention européenne des droits de l'Homme devant la Cours de cassation », in *Mélanges en l'honneur de Jean BUFFET, La procédure dans tous ses états*, LGDJ, 2004, pp. 357-378.

O

OREJA Marcelino, « Souveraineté des Etats et respect des droits de l'homme », in *Protection des droits de l'Homme : dimension européenne. Mélanges en l'honneur de Gérard J. WIARDA*, Carl Heymanns Verlag, 1998, pp. 7-15.

P

PATRY Robert, « La retenue de la Cour européenne des droits de l'homme et du tribunal fédéral suisse dans l'exercice de leur pouvoir de contrôle », in *Protection des droits de l'Homme: la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv RYSSDAL*, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, pp. 1071-1078.

PESCATORE Pierre, « La carence du législateur communautaire et le devoir du juge », in *Mélanges Léontin CONSTANTINESCO*, Heymanns, 1983, pp. 559-580.

PRADEL Jean, « Vers des principes directeurs communs aux diverses procédures pénales européennes », in *Mélanges offerts à Georges LEVASSEUR. Droit pénal, droit européen*, GP, Litec, 1992, pp. 459-472.

PUECHAVY Michel, « La règle de l'épuisement des voies de recours internes et la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme », in *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au doyen Gérard COHEN-JONATHAN*, vol. II, Bruylant, 2004, pp. 1299-1315.

R

RAYNARD Jacques, « A propos de la subsidiarité en droit privé », in *Mélanges Christian MOULY*, tome 1, Litec, 1998, pp. 131-139.

RIGAUX François, « Le juge, ministre du sens », in *Justice et argumentation : essais à la mémoire de Chaïm PERELMAN*, Édition de l'Université de Bruxelles, 1986, p. 92 et suiv.

RUIZ FABRI Hélène, « Droits de l'homme et souveraineté de l'Etat : les frontières ont-elles été substantiellement redéfinies ? », in *Les Droits individuels et le juge en Europe. Mélanges FROMONT*, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, pp. 371-399.

S

SIMON Denys, « L'usage de concepts élastiques dans la jurisprudence internationale : impressionnisme ou réalisme ? », in *Gedächtnisschrift für Léontin-Jean CONSTANTINESCO*, Carl Heymanns Verlag, 1983, pp. 707-719.

SUDRE Frédéric

- « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : y-a-t-il des droits prééminents dans la Convention Européenne des Droits de l'Homme ? », in *Liber Amicorum Marc-André EISSEN*, Bruylant, LGDJ, 1995, pp. 381-398.
- « L'office du juge national au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en l'hommage à Pierre LAMBERT : Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Bruylant, 2000, pp. 821-840.
- « Au-delà du texte...le juge européen », in *Etudes offertes au Professeur M. MIAILLE, Le droit figure du politique*, Université de Montpellier I, 2008, vol. 2, pp. 143-158.
- « A propos du dialogue des juges et du contrôle de conventionnalité », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle, Etudes en l'honneur de Jean-Claude GAUTRON*, Pedone, 2014, pp. 207-224.

T**TAVERNIER Paul**

- « De la subsidiarité et de quelques notions voisines. Pérégrinations entre le droit international et le droit européen », in *La France, l'Europe et le monde. Mélanges en l'honneur de Jean CHARPENTIER*, Pedone, 2008, pp. 219-231.
- « Réflexions sur le rôle de mentor du juge des droits de l'homme, à propos de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg », in *Mélanges en l'honneur du Professeur P. J. PARARAS, Les droits de l'homme en évolution*, Ant. N. Sakkoulas, Bruylant, 2009, pp. 479-494.

TRUCHET Didier, « La subsidiarité vue par un administrativiste français », in *Mélanges en l'honneur de Claude BLUMANN, L'identité du droit de l'Union européenne*, Bruylant, 2015, pp. 531-538.

TULKENS Françoise, « Des passerelles pour l'avenir », in *Mélanges en l'hommage à Pierre LAMBERT : Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Bruylant, 2000, pp. 927-933.

V

VAN DER MEERSCH Ganshof, « Le caractère autonome des termes et la marge d'appréciation des gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des Droits de l'Homme », in *Protection des droits de l'Homme : dimension européenne. Mélanges en l'honneur de Gérard J. WIARDA*, Carl Heymanns Verlag, 1988, pp. 201-220.

VELU Jacques, « A propos de l'autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour des droits de l'homme : vues de droit comparé sur les évolutions en cours », in *Nouveaux itinéraires en droit : Hommage à François RIGAUX*, Bruylant, 1993, pp. 527 à 562.

W

WACHSMANN Patrick

- « Une certaine marge d'appréciation- Considérations sur les variations du contrôle européen en matière de liberté d'expression », in *Mélanges en l'hommage à Pierre LAMBERT : Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Bruylant, 2000, pp. 1017-1042.
- « Réflexions sur l'interprétation globalisante de la Convention européenne des droits de l'homme », in *La conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul COSTA*, Dalloz, 2011, pp. 667-676.

C- Contributions issues de colloques et autres ouvrages collectifs

A

ADJOVI Roland, « Le transfert d'affaires sous l'article 11 bis du Règlement de procédure et de preuves du Tribunal pénal international pour le Rwanda : l'affaire Michel Bagaragaza », in TAVERNIER Paul (dir.), *Regards sur les droits de l'Homme en Afrique*, L'harmattan, 2008, pp. 165-195.

ANAGNOSTOU Dia, « la réception de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : une analyse politique de l'impact des normes juridiques sur le plan national », in BRIBOSIA Emmanuelle, SCHEECK Laurent et UBEDA DE TORRES Amaya (dir.), *L'Europe des cours, loyautés et résistances*, Bruylant, 2010, pp. 159-188.

ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, « Les méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme, instrument de dialogue ? », in LICHÈRE François, POTVIN SOLIS Laurence, RAYNOUARD Arnaud (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Bruylant, coll. « Droit et justice » n°53, 2004, pp. 167-192.

B

BIOY Xavier, « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction », in TUSSEAU Guillaume (dir.), *Les notions juridiques*, Economica, coll. « Etudes juridiques », n°31, 2009, pp. 21-53.

BRIBOSIA Emmanuelle, « Un dialogue sous l'influence des terreaux juridiques nationaux », in BRIBOSIA Emmanuelle, SCHEECK Laurent et UBEDA DE TORRES Amaya (dir.), *L'Europe des cours, loyautés et résistances*, Bruylant, 2010, pp. 219-256.

C

CALLEWAERT Johan, « La subsidiarité dans l'Europe des droits de l'homme : la dimension substantielle », in **VERDUSSEUR Marc** (dir.), *L'Europe de la subsidiarité*, Bruylant, 2000, pp. 13-61.

CANIVET Guy

- « Table ronde », in COHEN-JONATHAN Gérard et PETTITI Christophe (dir.), *La réforme de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Némésis, coll. coll. « Droit et justice » n°48, 2003, p. 75 et suiv.
- « Activisme judiciaire et prudence interprétative » in *La création du droit par le juge*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 7-29.

CHEROT Jean-Yves, « Paul AMSELEK et la normativité en droit », *Actes de la journée Paul Amselek*, Laboratoire de théorie du droit, le 7 juin 2013, *Revue de la recherche juridique*, 2014, XXXVIII (n° spécial), pp.1997-2009.

COSTA Jean-Paul

- « Principes fondamentaux, principes généraux, principes à valeur constitutionnelle », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, LGDJ-Montchrestien, 1988, pp. 133-144.
- « La Cour européenne des droits de l'homme et le dialogue des juges », in LICHÈRE François, POTVIN SOLIS Laurence, RAYNOUARD Arnaud (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Bruylant, coll. « Droit et justice » n°53, 2004, pp. 153-166.

COTE Pierre-André, « Fonction législative et fonction interprétative : conceptions théoriques de leurs rapports », in AMSELEK Paul, *Interprétation et droit*, Bruylant, 1995, pp. 189-199.

D

DE GOUTTES Régis

- « La CEDH et le juge national : vers une consolidation de la mission et du statut du juge ? », in SUDRE Frédéric (dir.), *Le droit français et la Convention européenne des droits de l'homme : 1974-1992, actes du colloque de Montpellier*, Editions Engel, 1994, pp. 49-60.
- « Les ambivalences de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 2001 », in *La France et la Cour européenne des droits de l'homme*, Cahier du CREDHO n°8, 2002, pp. 19-38.

DELMAS MARTY Mireille, « Pluralisme et traditions nationales (revendications des droits individuels), in TAVERNIER Paul (ed.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation « d'une union plus étroite »*, Bruylant, 1996, pp. 81-92.

DELPEREE Francis, « A propos de la subsidiarité », in *Le principe de subsidiarité*, Rapports généraux, Acte des XVIIe journées juridiques Jean Dabin, p. 3 et suiv.

DELZANGLES Béatrice

- « Le rôle du juge national comme garant de la Convention européenne des droits de l'homme : renforcement ou affaiblissement ? », in LOCHAK Danièle (dir.), *Mutations de l'Etat et protection des droits de l'homme*, Presses Universitaires de Paris 10, 2006, pp. 101-114.
- « Effectivité, efficacité et efficience dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in CHAMPEIL-DESPLATS Véronique et LOCHAK Danièle (dir.), *A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Presses universitaires de Paris, 2008, pp. 41-57.
- « Variation des relations entre le système européen de protection des droits de l'homme et les systèmes nationaux : l'inconstance du principe de subsidiarité », in *Journées juridiques franco-polonaises : Le jeu des influences croisées du droit français, du droit européen et du droit des autres pays européens*, Editions Mare & Martin, 2013, pp. 147-176.

DE SCHUTTER Olivier

- « La subsidiarité dans la Convention européenne des droits de l'homme : la dimension procédurale », in VERDUSSEN Marc (dir.), *L'Europe de la subsidiarité*, Bruylant, 2000, pp. 63-13.
- « La procéduralisation du droit européen. Propositions institutionnelles » in COPPENS Philippe et LENOBLE Jacques (dir.), *Démocratie et procéduralisation du droit*, Bruylant, 2000, pp. 321-350.

DRZEMCZEWSKI Andrew, « La question de l'effet direct de la Convention européenne des droits de l'homme. La situation au Royaume-Uni et en Pologne », in TAVERNIER Paul (dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruylant, 1996, pp. 125-147.

E

EVRIGENIS Dimitrios, « Réflexions sur la dimension nationale de la CEDH », in *Actes du colloque sur la CEDH par rapports aux autres instruments internationaux pour la protection des droits de l'homme*, Editions du Conseil de l'Europe, 1979, p. 65 et suiv.

F

FLAUSS Jean-François

- « Le droit à un recours effectif : l'article 13 de la CEDH dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour », in BEAUDOIN Gérard A. (dir.), *Vues canadiennes et européennes des droits et libertés*, Québec, Blais, 1989, pp. 261-292.
- « La souveraineté de l'Etat et la Convention européenne des droits de l'Homme », in DRAGO Roland (dir.), *Souveraineté de l'Etat et interventions internationales*, Dalloz, 1996, pp. 59-74.
- « Du droit international comparé des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le rôle du droit comparé dans*

l'avènement du droit européen, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, 2002, pp. 159-182.

FRISSON-ROCHE Marie-Anne, « La procédure et l'effectivité des droits substantiels », in AMBRA (d') Dominique, BENOIT-ROHMER Florence, GREWE Constance (dir.), *Procédure(s) et effectivité des droits*, Bruylant, 2003, pp. 1-23.

G

GOMIEN Donna, « La Cour de Strasbourg, dénominateur commun de la protection des droits de l'homme en Europe », in *Les enjeux de la Grande Europe (le Conseil de l'Europe et la sécurité démocratique)*, édition du Conseil de l'Europe, la Nuée Bleue, 1996, p. 75 et suiv.

J

JACOT-GUILLARMOD Olivier, « Règles, méthodes et principes d'interprétations dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in PETTITI Louis-Edmond, DECAUX Emmanuel, IMBERT Pierre-Henri (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, Economica, 2ème édition, 1999, p. 41 et suiv.

L

LADEUR Karl-Heinz, « La procéduralisation et son utilisation dans une théorie juridique post-moderne », in DE SCHUTTER Olivier, LEBESSIS N. et PATERSON J. (dir.), *La gouvernance dans l'Union européenne*, OPOCE, 2001, pp. 55-73.

LEMOYNE DE FORGES Jean-Michel

- « La subsidiarité dans le fonctionnement de l'État », in *La Subsidiarité. De la théorie à la pratique*, D'ONORIO Joël-Benoît (dir.), Téqui, 1995, pp. 59-79.
- « Subsidiarité et chef de file : une nouvelle répartition des compétences ? », GAUDEMET Yves et GOHIN Olivier (dir.), *La République décentralisée*, LGDJ, 2004, pp. 47-55.

LEURQUIN DE VISSCHER Françoise, « Existe-t-il un principe de subsidiarité ? » in *Le principe de subsidiarité*, Bruylant, LGDJ, 2002, p. 52 et suiv.

M

MACDONALD Ronald St J., « The margin of appreciation », in MACDONALD Ronald St J., MATSCHER Franz et PETZOLD Herbert, *The European System for the Protection of Human Rights*, éditions Martinus Nijhoff, 1993, pp. 83-124.

MAHONEY Paul, « Universality versus Subsidiarity », in *The Strasbourg Case Law on Free Speech : Explaining some recent Judgments*, European Human Rights Law Review, 1997, p. 364 et suiv.

MARCOU Gérard, « Principe de subsidiarité, constitution française et décentralisation », in NÉMERY Jean-Claude et WACHTER Serge (dir.), *Entre l'Europe et la décentralisation. Les institutions territoriales françaises*, Éditions de l'Aube/DATAR, 1993, pp. 85-92.

MARGUENAUD Jean-Pierre, « Faut-il adopter un protocole n°15 relatif au droit à l'environnement », in ROBERT Loïc (dir.), *L'environnement et la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Coll. Cahiers de droit international, 2013, p. 71 et suiv.

MATSCHER Frantz, « Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle. Les méthodes d'interprétation de la Convention européenne », in SUDRE Frédéric (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, coll. « Droit et justice » n°21, 1998, pp. 15-40.

O

OST François

- « Originalité des méthodes d'interprétation de la CEDH », in DELMAS-MARTY Mireille, *Raisonner la raison d'Etat*, PUF, 1989, p. 444 et suiv.
- « Les directives d'interprétation adoptées par la Cour européenne des droits de l'Homme. L'Esprit plutôt que la lettre ? », in OST François et VAN DE KERCHOVE Michel *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruylant, 1990, pp. 237-323.

P

PECH Laurent, « Le remède au « gouvernement des juges » : le judicial self-restraint ? », in BRONDEL Séverine, FOULQUIER Norbert, HEUSCHLING Luc, *Gouvernement des juges et démocratie*, Publications de la Sorbonne, 2001, pp. 63-113.

PETTITI Louis-Edmond, « Réflexions sur les principes et les mécanismes de la Convention », in PETTITI Louis-Edmond (dir.), DECAUX Emmanuel (dir.), IMBERT Pierre-Henri (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, Economica, 2ème édition, 1999, p. 27 et suiv.

PETZOLD Herbert, « The Convention and the Principle of Subsidiarity », in *The European System for the Protection of Human Rights*, MACDONALD Ronald St. John, MATSCHER Franz et PETZOLD Herbert (eds), Martinus Nijhoff, 1993, pp. 40-62.

PICOD Fabrice, « Le juge communautaire et l'interprétation européenne », in SUDRE Frédéric (dir.), *L'interprétation de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruylant, coll. « Droit et justice » n°21, 1998, pp. 289-334.

R

RIGAUX François, « Interprétation consensuelle et évolutive », in SUDRE Frédéric (dir.), *L'interprétation de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruylant, coll. « Droit et justice » n°21, 1998, p. 41 et suiv.

ROLLAND Patrice, « Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ? », in ROUSSEAU Dominique et SUDRE Frédéric (dir.), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, STH, 1990, pp. 47-75.

S**SUDRE Frédéric**

- « Libertés fondamentales, société démocratique et diversité nationale dans la Convention européenne des droits de l'homme » in LE POURHIET Anne-Marie (dir.), *Droit constitutionnel local : égalité et liberté locale dans la Constitution*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999, pp. 381-400.
- « La 'construction' par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », in SUDRE Frédéric (dir.) *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, coll. « Droit et justice » n°38, 2002, pp. 43-45.
- « Le pluralisme saisi par le juge européen », in FONTAINE Lauréline (dir.), *Droit et pluralisme*, Bruylant, Némésis, coll. « Droit et justice » n°76, 2007, pp. 261- 286.

T

TAVERNIER Paul, « La Cour européenne applique-t-elle le droit international ou un droit de type interne ? », in TAVERNIER Paul (dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruylant, 1996, pp. 19-37.

TROPER Michel

- « Démocratie continue et justice constitutionnelle », in *La démocratie continu*, ROUSSEAU Dominique (dir), LGDJ, Bruylant, 1992, p. 132 et suiv.
- « L'Europe politique et le concept de la souveraineté », in BEAUD Olivier, LECHEVALIER Arnaud, PERNICE Ingolf et al., *L'Europe en voie de Constitution. Pour un bilan critique des travaux de la Convention*, Bruylant, 2004, pp. 117-140.

TULKENS Françoise et **CALLEWAERT Johan**, « Un dialogue à trois voix entre pluralisme et cohérence », in BRIBOSIA Emmanuelle, SCHEECK Laurent et UBEDA DE TORRES Amaya (dir.), *L'Europe des cours, loyautés et résistances*, Bruylant, 2010, p. 303 et suiv.

V

VANNIER Guillaume, « De l'universalité et de la particularité des droits de l'homme », in H. PALLARD (dir.), *Droits fondamentaux et spécificités culturelles*, L'harmattan, 2000, pp. 119-140.

VIER Charles-Louis, « Les risques de dévalorisations de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Convention européenne des droits de l'Homme et droit communautaire : actes du colloque du 18 juin 1987*, la Documentation française, 1988, p. 59 et suiv.

W

WILDE D'ESTMAEL (de) Tanguy, « Subsidiarité : le poids d'un mot face à la signification d'un principe », in F. MASSART (dir.), *L'Europe prédite. La signification des mots*, Academia, 1994, p. 46 et suiv.

WROBLEWSKI Jerzy

- « L'interprétation juridique », in ARNAUD André-Jacques, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie*, LGDJ, 1er édition, 1993, pp. 314-317.
- « Principes du droit », in ARNAUD André-Jacques, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie*, LGDJ, 2ème édition, 1993, pp. 474-476.

III- CHRONIQUES

BURGORGUE-LARSEN Laurence, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, chronique annuelle, depuis 2011

DECAUX Emmanuel et **TAVERNIER Jean-Paul** (dir.), « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *JDI*, chronique annuelle, depuis 1990

FLAUSS Jean-François, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, chronique annuelle, de 2000 à 2010

FLAUSS Jean-François, « Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, chronique annuelle, de 1992 à 1998

LABAYLE Henri, **SUDRE Frédéric** et al. « Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA*, chronique annuelle, depuis 1991

LAMBERT-ABDELGAWAD Elisabeth, « L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, chronique annuelle, depuis 2006

SUDRE Frédéric, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G.*, chronique semestrielle, depuis 1993

IV- AUTRES

A- Publications du Conseil de l'Europe

(Classement par date de publication)

Rapports explicatifs des Protocoles (n°14, 15 et 16 spéc.) à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales

Rapports annuels du Comité des Ministres sur la surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour

1994

Rapport *Définition et limites du principe de subsidiarité*, préparé pour le Comité directeur des autorités locales et régionales (CDLR), Conseil de l'Europe, 1994

2000

Résolution 1226 (2000) de l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe sur le thème de l'Exécution des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme, 28 septembre 2000 (30^e séance)

2004

Recommandation Rec(2004)6 du Comité des Ministres aux Etats membres sur l'amélioration des recours internes, Conseil de l'Europe, Comité des Ministres adoptée par le Comité des Ministres le 12 mai 2004, lors de sa 114^e session

Résolution Res(2004)3 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les arrêts qui révèlent un problème structurel sous-jacent, adoptée le 12 mai 2004 lors de la 114^{ème} session

2008

Actes du séminaire « Les dialogues entre juges » 2008, « Le rôle du consensus dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme »

Recommandation CM/Rec(2008)2 du Comité des Ministres aux Etats membres sur des moyens efficaces à mettre en œuvre au niveau interne pour l'exécution rapide des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme, adoptée par le Comité des Ministres le 6 février 2008, lors de la 1017^e réunion des Délégués des Ministres

Document de travail « Garantir l'autorité et l'efficacité de la Convention européenne des Droits de l'Homme », AS/Jur (2008) 08 de la Commission des questions juridique et des droits de l'homme du 21 février 2008

Résolution 1226 (2000) de l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe sur le thème de l'Exécution des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme, 28 septembre 2000

2009

Proposition de résolution B7-0277/2009 du Parlement européen sur la défense du principe de subsidiarité, 2009

2010

Actes du séminaire « Les dialogues entre juges » 2010, « La Convention vous appartient »

Contribution du secrétaire général du Conseil de l'Europe à la préparation de la conférence ministérielle d'Interlaken, SG/Inf(2009)20 / 14 janvier 2010

Déclaration d'Interlaken, Conférence sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, 19 février 2010, à Interlaken (Suisse)

2011

Actes du séminaire « Les dialogues entre juges » 2011, « Quelles sont les limites à l'interprétation évolutive de la Convention ? »

Déclaration d'Izmir, Conférence à haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, 27 avril 2011, à Izmir (Turquie)

2012

Actes du séminaire « Les dialogues entre juges » 2012, « Comment assurer une plus grande implications des juridictions nationales dans le système de la Convention ? »

Déclaration de Brighton, Conférence à haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, 20 avril 2012, à Brighton (Royaume-Uni)

Note du jurisconsulte, sur le « Principe de subsidiarité », dans le cadre du *Suivi d'Interlaken*, 8 juillet 2012

2014

Actes du séminaire « Les dialogues entre juges » 2014, « « La mise en œuvre des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : une responsabilité judiciaire partagée ? »

2015

Déclaration de Bruxelles, Conférence à haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, 27 mars 2015, à Bruxelles (Belgique)

B- Discours et autres allocutions

BERGER Vincent, *Les pratiques de la Cour européenne des droits de l'homme*, conférence du 14 avril 2011 à l'université Montpellier I (non publié)

BOILLAT Philippe

- Conclusions du Colloque de Stockholm, *Vers une mise en œuvre renforcée de la Convention EDH au niveau national*, les 9 et 10 juin 2008
- Allocution de conclusion lors de la Conférence à Skopje sur *Le principe de subsidiarité*, les 1-2 octobre 2010

COSTA Jean-Paul

- « Le rôle des cours suprêmes dans la mise en œuvre de la Convention EDH au niveau interne », Discours lors de la conférence régionale à Belgrade sur *L'autorité de la jurisprudence de la Cour*, le 20 septembre 2007
- Discours prononcé à l'occasion de la cérémonie d'ouverture de l'année judiciaire devant la Cour EDH, le 25 janvier 2008
- Intervention introductive à la conférence devant le Conseil d'Etat concernant *le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme*, le 19 avril 2010

GALLAGHER Paul, « The European Convention on Human Rights and the Margin of Appreciation », *UCD Working Papers in Law, Criminology & Socio-Legal Studies Research Paper*, 2011, n°52, available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1982661>

GARAPON Antoine, Intervention sur « Les limites à l'interprétation évolutive de la Convention », Strasbourg, le 28 janvier 2011

MIGNON Jean-Claude, « Allocution d'introduction », *La conférence de Brighton*, 19 avril 2012.

POURGOURIDES Christos, Allocution sur « Renforcer le principe de subsidiarité : intégrer la jurisprudence de la Cour dans les législations et les pratiques judiciaires nationales » lors de la Conférence sur *le principe de subsidiarité*, Skopje, 1-2 octobre 2010

ROBINEAU Yves, « L'application par la France des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », intervention devant la Cour suprême d'Azerbaïdjan, 24 octobre 2014

SAUVE Jean-Marc

- Exposé introductif lors du colloque organisé par la Société de législation comparée sur le thème de *l'influence de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sur l'organisation et le fonctionnement des cours suprêmes*, le 7 mars 2008
- Discours de rentrée solennelle de la Cour européenne des droits de l'homme, le 29 janvier 2010
- Intervention « Le Conseil d'Etat et l'application de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » lors du colloque organisé par l'Université de Paris 3 Sorbonne nouvelle, 9 avril 2010
- Intervention lors de la conférence devant le Conseil d'Etat concernant *le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme*, le 19 avril 2010
- Communication « Vers une culture juridique commune » lors du congrès inaugural de l'Institut européen du droit sur le thème de *l'Europe dans la globalisation du droit*, 1^{er} juin 2011
- « A l'ère du pluralisme juridique : les rapports entre les cours nationales, internationales et celles de l'Union et les interactions entre les multiples sources du droit », lors du XXVI^{ème} Congrès de la FIDE, le 31 mai 2014
- « La subsidiarité : une médaille à deux faces ? », *Séminaire organisé par la Cour européenne des droits de l'homme*, le vendredi 30 janvier 2015 à Strasbourg

WILDHABER Luzius, Intervention sur « La place de la Cour européenne des Droits de l'Homme dans le paysage constitutionnel européen », lors de la Conférence des Cours constitutionnelles européennes, XII^{ème} Congrès

C- Webographie sommaire

Base de jurisprudence de la Cour européenne HUDOC : <http://hudoc.echr.coe.int>

Cahiers du Conseil Constitutionnel : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/la-collection/la-collection-des-cahiers-du-conseil-constitutionnel.96528.html>

Conseil constitutionnel : <http://www.conseil-constitutionnel.fr>

Conseil de l'Europe : <http://www.coe.int>

Conseil d'Etat : <http://www.conseil-etat.fr/>

Cour de cassation : <http://www.courdecassation.fr>

Cour de Justice de l'Union Européenne : <http://www.curia.eu.int>

Cour Européenne des Droits de l'Homme : <http://www.echr.coe.int>

Cour interaméricaine des droits de l'homme : <http://www.corteidh.or.cr>

Dictionnaire Larousse : <http://www.larousse.fr>

Légifrance : <http://www.legifrance.gouv.fr/>

Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme : <http://www.rtdh.eu/>

INDEX DE LA JURISPRUDENCE CITÉE

(Les décisions de justice sont classées par ordre alphabétique)

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

I- JURISPRUDENCE DE LA COMMISSION ET DE LA COUR EUROPEENNE	619
A- Jurisprudence de la Commission EDH	619
B- Jurisprudence de la Cour EDH.....	619
II- JURISPRUDENCE INTERNATIONALE	630
A- Jurisprudence de la Cour internationale de justice	630
B- Jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale.....	630
C- Jurisprudence interaméricaine	630
III- JURISPRUDENCE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES/DE L'UNION EUROPÉENNE	631
A- Cour de Justice	631
B- Tribunal.....	631
IV- JURISPRUDENCE NATIONALE FRANÇAISE.....	631
A- Jurisprudence judiciaire.....	631
1- Jurisprudence des Tribunaux de Grande instance	631
2- Jurisprudence de la Cour de cassation	631
B- Jurisprudence du Conseil d'Etat	632
C- Jurisprudence du Conseil constitutionnel.....	633
1- Décisions	633
2- Questions prioritaires de constitutionnalité	633
V- JURISPRUDENCE NATIONALE ÉTRANGÈRE	634
A- Cour suprême des Etats-Unis.....	634
B- Jurisprudence nationale allemande.....	634
C- Jurisprudence nationale italienne.....	634

I- JURISPRUDENCE DE LA COMMISSION ET DE LA COUR EUROPEENNE

A- Jurisprudence de la Commission EDH

De Buck et Koolen (1) c. Belgique, 18 décembre 1963, req. n°1420/62 et al., Rec. 13 : **93, 112**
WB c. Allemagne, 17 décembre 1955, req. n°104/55 : **112**
Guzzardi c. Italie, déc., 10 mars 1977, req. n°7367/76, D.R. 8, p. 185 : **179, 230**
Sargin et Yagci c. Turquie, 11 mai 1989, req. n°14116/88 et 14117/88, D.R. No. 61, p. 268 : **234**
Brozicek c. Italie, 19 décembre 1989, req. n°10964/84, série A n°167 : **234**
Sacchi c. Italie, 13 mars 1976, req. n°6452/74, D.R. 5, p. 43 : **241**
Denev c. Suede, déc., 18 janvier 1989, req. n°12570/86, D.R. N°59, p. 127 : **532**
Patrick Holland c. Irlande, déc., 14 avril 1998, req. n°24827/94 : **485**
H. c. Norvège, déc., 19 mai 1992, req. n°17004/90, D.R. n°73, p. 155 : **550**
Nicoletta POLACCO et Alessandro GAROFALO c. Italie, 15 septembre 1997, req. n°23450/94, D.R. n°90-B, p. 5 : **311**
Tete c. France, 9 décembre 1987, req. n°11123/84, D.R. n°54, p. 52 : **452**

B- Jurisprudence de la Cour EDH

3A.CZ S.R.O c. République tchèque, 10 février 2011, req. n°21835/06 : **323, 646**

A

A, B et C c. Irlande, Gde ch., 16 décembre 2010, req. n°25579/05 : **37, 288, 310, 315, 329, 343, 422, 460, 509, 510, 535, 542, 549, 564, 595, 725, 737**
A.T. c. Luxembourg, 9 avril 2015, req. n°30460/13 : **227, 234**
Abdullah yaşa et autres c. Turquie, 16 juillet 2013, req. n°44827/08 : **642**
Abramiuc c. Roumanie, 24 février 2009, req. n°37411/02 : **228**
Ada Rossi et autres c. Italie, déc., 16 décembre 2008, req. n°55185/08 et al. : **551**
Adamantidis c. Grèce, 17 avril 2014, req. n°10587/10 : **234**
Adrian Constantin c. Roumanie, 12 avril 2011, req. n°21175/03 : **326**
Adrian Mihai Ionescu c. Roumanie, déc., 1^{er} juin 2010, req. n°36659/04 : **675, 679, 681, 686**
Affaire "relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique" c. Belgique, 23 juillet 1968, req. n°1474/62, série A n°6 : **112, 132, 313, 355, 392, 596, 600, 759**
Agnelet c. France, 10 janvier 2013, req. n°61198/08 : **735**
Ahmet Arslan et autres c. Turquie, 23 février 2010, req. n°41135/98 : **562**
Ahmet Sadik c. Grèce, 15 novembre 1996, req. n°18877/91, Rec. 1996-V : **220**
Ahrens c. Allemagne, 22 mars 2012, req. n°45071/09 : **465, 559**
Airey c. Irlande, 9 octobre 1979, req. n°6289/73, série A n°32 : **324, 762**
Ajdarić c. Croatie, 13 décembre 2011, req. n°20883/09 : **638**
Akdas c. Turquie, 16 février 2010, req. n°41056/04 : **288, 518**
Akdivar et autres c. Turquie, Gde ch., 16 septembre 1996, req. n°21893/93, Rec. 1996-IV : **54, 113, 179, 219, 220, 228, 646**
Aksu c. Turquie, Gde ch., 15 mars 2012, req. n°4149/04 : **625**
AL.K. c. Grèce, 11 décembre 2014, req. n°63542/11 : **641**
Al-adsani c. Royaume-Uni, Gde ch., 21 novembre 2001, req. n°35763/97, Rec. 2001-XI : **417**
Alikaj et autres c. Italie, 29 mars 2011, req. n°47357/08 : **574**
Ališić et autres c. Bosnie-Herzégovine, Croatie, Serbie, Slovénie et « L'ex-République Yougoslave de Macédoine », 16 juillet 2014, req. n°60642/08 : **643, 648**
Al-Jedda c. Royaume-Uni, Gde ch., 7 juillet 2011, req. n°27021/08 : **417**
Al-khawaja et Tahery c. Royaume-Uni, Gde ch., 15 décembre 2011, req. n°26766/05, Rec. 2011 : **582**
Alouache c. France, 6 octobre 2015, n°28724/11 : **758**

Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni, Gde ch., 7 juillet 2011, req. n°55721/07, Rec. 2011 : **146**
Altuğ et autres c. Turquie, 30 juin 2015, req. n°32086/07 : **607**
Alujer Fernandez et Caballero Garcia c. Espagne, déc., 14 juin 2001, req. n°53072/99, Rec. 2001-VI : **340**
Ananyev et autres c. Russie, 10 janvier 2012, req. n°42525/07 et al. : **654**
Andronicou et Constantinou c. Chypre, 9 octobre 1997, req. n°25052/94, Rec. 1997-VI : **574**
Animal defenders international c. Royaume-Uni, Gde ch., 22 avril 2013, req. n°48876/08, Rec. 2013 : **126, 283, 392, 407, 527, 617, 619**
Appleby et autres c. Royaume-Uni, 6 mai 2003, req. n°44306/98 : **417**
Arioğlu et autres c. Turquie, 6 novembre 2012, req. n°11166/05 : **120**
Aristimuno Mendizabal c. France, 17 janvier 2006, req. n°51431/99 : **342**
Assanidzé c. Géorgie, Gde ch., 8 avril 2004, req. n°71503/01, Rec. 2004-II : **634**
Assoc. Les Témoins de Jéhovah de France c. France, 30 juin 2011, req. n°8916/05 : **499**
Associated Society of locomotive engineers and firemen c. Royaume-Uni, 27 février 2007, req. n°11002/05 : **306**
Association Ekin c. France, 17 juillet 2001, req. n°39288/98 : **723**
Association Rhino et autres c. Suisse, 11 octobre 2011, req. n°48848/07 : **524**
Ataykaya c. Turquie, 22 juillet 2014, req. n°50275/08 : **639**
Austin et autres c. Royaume-Uni, Gde ch., 15 mars 2012, req. n°39692/09 et al., Rec. 2012 : **54, 96, 98, 118, 120, 407, 542, 574, 758**
Axel Springer c. Allemagne, Gde ch., 7 février 2012, req. n°39954/08 : **625**
Aydin c. Turquie, Gde ch., 25 septembre 1997, req. n°23178/94, Rec. 1997-VI : **113**
Azinas c. Chypre, Gde ch., 28 avril 2004, req. n°56679/00, Rec. 2004-III : **230**

B

B c. Royaume-Uni, 9 juin 1988, req. n°9840/82, série A n°136-D : **543**
B. c. Belgique, 10 juillet 2012, req. n°4320/11 : **151, 606**
B. c. France, 23 mars 1992, req. n°13343/87, série A n°232-C : **482, 491**
B. et L. c. Royaume-Uni, 13 septembre 2005, req. n°36536/02 : **443, 474**
Baudoin c. France, 18 novembre 2010, req. n°35935/03 : **237**
Bayatyan c. Arménie, Gde ch., 7 juillet 2011, req. n°23459/03 : **306, 392, 0, 434**
Bayrak c. France, déc., 30 juin 2009, req. n°14308/08 : **564**
Baytekin c. Turquie, 5 février 2013, req. n°59707/09 : **119**
Beard c. Royaume-Uni, Gde ch., 18 janvier 2001, req. n°24882/94 : **425**
Behrami et Behrami c. France, déc., 2 mai 2007, req. n°71412/01 : **311, 423**
Bekos et Koutropoulos c. Grèce, 13 décembre 2005, req. n°15250/02 : **416**
Beldjoudi c. France, 26 mars 1992, req. n°12083/86, série A n°234-A : **113**
Berrehab c. Pays-Bas, 21 juin 1988, req. n°10730/84, série A n°318 : **316**
Bochan c. Ukraine (n°2), 3 mai 2007, req. n°7577/02 : **657**
Bochan c. Ukraine (n°2), Gde ch., 5 février 2015, req. n°22251/08 : **639, 647, 656, 657**
Bock c. Allemagne, déc., 19 janvier 2010, req. n°22051/07 : **675**
Bodein c. France, 13 novembre 2014, req. n°40014/10 : **434**
Bolat c. Russie, 5 octobre 2006, req. n°14139/03, Rec. 2006-XI : **509**
Botta c. Italie, 24 février 1998, req. n°21439/93, Rec. 1998-I : **420, 420**
Boulois c. Luxembourg, Gde ch., 3 avril 2012, req. n°37575/04 : **356, 367, 580**
Boultif c. Suisse, 2 août 2001, req. n°54273/00, Rec. 2001-IX : **342, 624, 625**
Bourdov c. Russie (no 2), 15 janvier 2009, req. n°33509/04 : **120**
Boyle et Rice c. Royaume-Uni, 27 avril 1988, req. n°9659/82 et al., série A n°131 : **333, 731**
Bracci c. Italie, 13 octobre 2005, req. n°36822/02 : **736**
Broniowski c. Pologne, 28 septembre 2005, req. n°31443/96 (règlement amiable) : **648, 652**
Broniowski c. Pologne, Gde ch., 22 juin 2004, req. n°31443/96, Rec. 2004-V : **119, 634, 643, 654**
Brosset-Triboulet et autres c. France, Gde ch., 29 mars 2010, req. n°34078/02, Rec. 2010 : **528, 532, 571, 595**
Brunet c. France, 18 septembre 2014, req. n°21010/10 : **518**
Brusco c. France, 14 octobre 2010, req. n°1466/07 : **269**
Buckley c. Royaume-Uni, 25 septembre 1996, req. n°20348/92 : **459, 566**
Burden c. Royaume-Uni, Gde ch., 29 avril 2008, req. n°13378/05, Rec. 2008 : **566**

Burghartz c. Suisse, 22 février 1994, req. n°16213/90, Série A n°280-B : **417**
Bédât c. Suisse, Gde ch., 29 mars 2016, req. n°56925/08 : **625**

C

Çam c. Turquie, 23 février 2016, req. n°51500/08 : **417**
Campbell et Fell c. Royaume-Uni, 28 juin 1984, req. n°7819/77, série A n°80 : **506, 724**
Caron et autres c. France, déc., 29 juin 2010, req. n°48629/08 : **328**
Carson et autres c. Royaume-Uni, Gde ch., 16 mars 2010, req. n°42184/05, Rec. 2010 : **543, 566, 569**
Casado Coca c. Espagne, 24 février 1994, req. n°15450/89, série A n°285-A : **311**
Castells c. Espagne, 23 avril 1992, req. n°11798/85, série A n°236 : **365, 543**
Ceacir c. République De Moldova, 10 décembre 2013, req. n°50115/06 : **322**
Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie, Gde ch., 17 juillet 2014, req. n°47848/08 : **611**
Cestaro c. Italie, 7 avril 2015, req. n°6884/11 : **227**
Cestaro c. Italie, 7 avril 2015, req. n°6884/11 : **98**
Chabauty c. France, Gde ch., 4 octobre 2012, req. n°57412/08 : **529, 543**
Chapman c. Royaume-Uni, Gde ch., 18 janvier 2001, req. n°27238/95, Rec. 2001-I : **403, 413, 425, 459, 532, 566**
Chappell c. Royaume-Uni, 30 mars 1989, req. n°10461/83, série A n°152-A : **518**
Chassagnou c. France, Gde ch., 29 avril 1999, req. n°25088/94, Rec. 1999-III : **509, 764**
Chavdarov c. Bulgarie, 21 décembre 2010, req. n°3465/03 : **559**
Christine Goodwin c. Royaume-Uni, Gde ch., 11 juillet 2002, req. n°28957/95, Rec. 2002-VI : **424, 426, 427, 480, 491, 705**
Chtoukatourov c. Russie, 27 mars 2008, req. n°44009/05, Rec. 2008 : **623**
Chypre c. Turquie, Gde ch., 10 mai 2001, req. n°25781/94, Rec. 2001-IV : **324, 646, 738**
Chypre c. Turquie, Gde ch., 12 mai 2014, req. n°25781/94 : **646**
Coeme et autres c. Belgique, 22 juin 2000, req. n°32492/96 et al. : **763**
Colombani et autres c. France, 25 juin 2002, req. n°51279/99 : **260**
Consorts Richet et Le Ber c. France, 18 novembre 2010, req. n°18990/07 et al. : **530**
Copland c. Royaume-Uni, 3 avril 2007, req. n°62617/00 : **725**
Cossey c. Royaume-Uni, 27 septembre 1990, req. n°10843/84, série A n°184 : **413, 482, 546**
Costa et Pavan c. Italie, 28 août 2012, req. n°54270/10 : **518**
Coster c. Royaume-Uni, Gde ch., 18 janvier 2001, req. n°24876/94 : **407, 525**
Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France, 12 juin 2014, req. n°40454/07 : **627**
Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France, Gde ch., 10 novembre 2015, req. n°40454/07 : **625**
Couturon c. France, 25 juin 2015, req. n°24756/10 : **566**
Cudak c. Lituanie, 23 mars 2010, req. n°15869/02 : **436**
Cusan et Fazzo c. Italie, 7 janvier 2014, req. n°77/07 : **675**

D

D. c. Royaume-Uni, 2 mai 1997, req. n°30240/96, Rec. 1997-III : **347**
Daneshpayeh c. Turquie, 16 juillet 2009, req. n°21086/04 : **641**
Dayanan c. Turquie, 13 octobre 2009, req. n°7377/03 : **731**
De Becker c. Belgique, 27 mars 1962, req. n°214/56, série A n°4 : **327, 328**
De Clerck c. Belgique, 25 septembre 2007, req. n°34316/02 : **636**
De Souza Ribeiro c. France, Gde ch., 13 décembre 2012, req. n°22689/07, Rec. 2012 : **119, 149, 193, 222, 224, 301**
De Wilde, Ooms et Versyp ("vagabondage") c. Belgique, 18 juin 1971, req. n°2832/66, série A n°12 : **179, 324**
De Wilde, Ooms et Versyp («Vagabondage») c. Belgique (article 50), 10 mars 1972, req. n°2832/66 et al., série A n°14 : **632**
Del rio prada c. Espagne, Gde ch., 21 octobre 2013, req. n°42750/09 : **634, 736**
Delfi AS c. Estonie, Gde ch., 16 juin 2015, req. n°64569/09 : **583**
Demir et Baykara c. Turquie, Gde ch., 12 décembre 2008, req. n°34503/97 : **356, 416, 420, 429, 430, 431, 433**

Demopoulos et autres c. Turquie, Gde ch., 1 mars 2010, req. n°46113/99, Rec. 2010 : **119, 223, 629**
Depalle c. France, Gde ch., 29 mars 2010, req. n°34044/02, Rec. 2010 : **529, 532, 571, 595**
Deweert c. Belgique, 27 février 1980, req. n°6903/75 : **333, 506**
Dhahbi c. Italie, 8 avril 2014, req. n°17120/09 : **361**
Dickson c. Royaume-Uni, Gde ch., 4 décembre 2007, req. n°44362/04, Rec. 2007 : **458, 620**
Dinç et Çakir c. Turquie, 9 juillet 2013, req. n°66066/09 : **324**
Dogru c. France, 4 décembre 2008, req. n°27058/05 : **352, 564**
Doyle c. Royaume-Uni, 6 février 2007, req. n°30158/06 : **577**
Draon c. France, Gde ch., 6 octobre 2005, req. n°1513/03, Rec. 2006-IX) : **237, 725**
Dudgeon c. Royaume-Uni, 22 octobre 1981, req. n°7525/76, série A n°45 : **260, 331, 352, 365, 711**
Dulaurans c. France, 21 mars 2000, req. n°34553/97 : **324**
Dumitru Popescu c. Roumanie (n°2), 26 avril 2007, req. n°71525/01 : **730**

E

E. B. c. France, Gde ch., 22 janvier 2008, req. n°43546/02, Rec. 2008 : **476, 477, 558**
Egmez c. Chypre, 18 septembre 2012, req. n°12214/07 : **656**
El Haski c. Belgique, 25 septembre 2012, req. n°649/08 : **736**
El-Masri c. "L'ex-République Yougoslave de Macédoine", Gde ch., 13 décembre 2012, req. n°39630/09, Rec. 2012 : **120, 146, 182**
Emre c. Suisse (N°2), 11 octobre 2011, req. n°5056/10 : **658**
Emre c. Suisse, 22 mai 2008, req. n°42034/04 : **658**
Enerji Yapi Yol Sen c. Turquie, 21 avril 2009, req. n°68959/01 : **455**
Eon c. France, 14 mars 2013, req. n°26118/10 : **260, 675**
Erdoğan Gökçe c. Turquie, 14 octobre 2014, req. n°31736/04 : **509**
Ernst August Von Hannover c. Allemagne, 19 février 2015, req. n°53649/09 : **625**
Evans c. Royaume-Uni, Gde ch., 10 avril 2007, req. n°6339/05, Rec. 2004 : **362, 365, 392, 543, 548, 553, 618**
Eweida et autres c. Royaume-Uni, 15 janvier 2013, req. n°48420/10 et al., Rec. 2013 : **560, 306**
Ex-roi de Grèce et al. c. Grèce, 20 novembre 2000, req. n°25701/04, Rec. 2000-XII : **566**

F

F. c. Suisse, 18 décembre 1987, req. n°11329/85, série A n°128 : **311, 491, 468**
Fabris c. France, Gde ch., 7 février 2013, req. n°16574/08 : **121, 356, 407, 647, 659, 701, 705, 711, 715, 723, 728, 731, 735, 740**
Fatma nur erten et adnan erten c. Turquie, 25 novembre 2014, req. n°14674/11 : **638**
Fatullayev c. Azerbaïdjan, 22 avril 2010, req. n°40984/07 : **639**
Federacion Nacionalista Canaria c. Espagne, 7 juin 2001, req. n°56618/00, Rec. 2001-VI : **452**
Fernandez c. France, déc., 17 janvier 2012, req. n°65421/10 : **675, 679**
Fernández Martínez c. Espagne, Gde ch., 12 juin 2014, req. n°56030/07 : **537, 548, 563, 626**
Feti Demirtaş c. Turquie, 17 janvier 2012, req. n°5260/07 : **491**
Finger c. Bulgarie, 10 mai 2011, req. n°37346/05 : **679**
Flueras c. Roumanie, 9 avril 2013, req. n°17520/04 : **121, 766**
Folgré et autres c. Norvège, Gde ch., 29 juin 2007, req. n°15472/02 : **561**
Fondation Foyers des élèves de L'Eglise réformée et Stanomirescu c. Roumanie, 7 janvier 2014, req. n°2699/03 43597/07 : **120, 643**
Francesco Quattrone c. Italie, 26 novembre 2013, req. n°13431/07 : **356**
Frasik c. Pologne, 5 janvier 2010, req. n°22933/02, Rec. 2010 : **454**
Fretté c. France, 26 février 2002, req. n°36515/97, Rec. 2002-I : **476, 477**

G

Gäffen c. Allemagne, Gde ch., 1 juin 2010, req. n°22978/05, Rec. 2010 : **323**
Gagliano Giorgi c. Italie, 6 mars 2012, req. n°23563/07 : **676**
Garcia Cancio c. Allemagne, déc., 29 mai 2012, req. n°19488/09 : **650**
Garcia Mateos c. Espagne, 19 février 2013, req. n°38285/09 : **146**
Gas et Dubois c. France, 15 mars 2012, req. n°25951/07 : **487, 557, 558**
Gasus Dossier c. Pays-Bas, 23 février 1995, req. n°15357/89, série A n°306-B : **509**

Gautrin et autres c. France, 20 mai 1998, req. n°21257/93 et al., Rec. 1998-III : **224**
Gaygusuz c. Autriche, 16 septembre 1996, req. n°17371/90, Rec. 1996-IV : **567**
Gençel c. Turquie, 23 octobre 2003, req. n°53431/99 : **638**
Genovese c. Malte, 11 octobre 2011, req. n°53124/09 : **432**
Georgi Dimitrov c. Bulgarie, 15 janvier 2009, req. n°31365/02 : **119**
Géorgie c. Russie (II), 13 décembre 2011, req. n°38263/08 : **228**
Gerasimov et autres c. Russie, 1 juillet 2014, req. n°29920/05 et al. : **648**
Gheorghe Cobzaru c. Roumanie, 25 juin 2013, req. n°6978/08 : **574**
Gherghina c. Roumanie, déc., Gde ch., 19 septembre 2015, req. n°42219/07 : **277**
Gillow c. Royaume-Uni, 24 novembre 1986, req. n°9063/80, série A n°109 : **316, 365, 500**
Gitonas et autres c. Grèce, 1^{er} juillet 1997, req. n°18747/91 et al., Rec. 1997-IV : **577**
Giuliani et Gaggio c. Italie, Gde ch., 24 mars 2011, req. n°23458/02 : **324, 543, 574**
Giusti c. Italie, 18 octobre 2011, req. n°13175/03 : **676**
Glass c. Royaume-Uni, 9 mars 2004, req. n°61827/00, Rec. 2004-II : **416**
Glor c. Suisse, 30 avril 2009, req. n°13444/04, Rec. 2009 : **416, 417, 422**
Gluhakovic c. Croatie, 12 avril 2011, req. n°21188/09 : **636**
Glykantzi c. Grèce, 20 octobre 2012, req. n°40150/09 : **119, 216**
Godelli c. Italie, 25 septembre 2012, req. n°33783/09 : **237, 450**
Golder c. Royaume-Uni, 21 février 1975, req. n°4451/70, série A n°18 : **125, 321, 355, 430, 506**
Görgülü c. Allemagne, 26 février 2004, req. n°74969/01 : **734**
Goussinski c. Russie, 19 mai 2004, req. n°70276/01, Rec. 2004-IV : **539**
Grande Stevens et autres c. Italie, 4 avril 2014, req. n°18640/10 et al. : **323**
Grant c. Royaume-Uni, 23 mai 2006, req. n°32570/03 : **705**
Greens et M.T. c. Royaume-Uni, 23 novembre 2010, req. n°60041/08, Rec. 2010 : **125, 483, 704, 738**
Grosaru c. Roumanie, 2 mars 2010, req. n°78039/01 : **392**
Guadagnino c. Italie et France, 18 janvier 2011, req. n°2555/03 : **432, 436**
Guedou c. France, déc., 23 mars 1999, req. n°45522/99 : **532**
Guerdner et autres c. France, 17 avril 2014, req. n°68780/10 : **332**
Guerra c. Italie, Gde ch., 19 février 1998, req. n°14967/89, Rec. 1998-I : **602**
Gülay Cetin c. Turquie, 5 mars 2013, req. n°44084/10 : **642**
Guzzardi c. Italie, 6 novembre 1980, req. n°7367/76, série A n°39 : **632, 646**

H

Haas c. Suisse, 20 janvier 2011, req. n°31322/07 : **362, 412, 551**
Hämäläinen c. Finlande, Gde ch., 16 juillet 2014, req. n°37359/09 : **366, 367, 392, 395, 470, 513, 557**
Handyside c. Royaume-Uni, 7 décembre 1976, req. n°5493/72, série A, n°24 : **181, 199, 217, 283, 305, 310, 322, 356, 502, 509**
Harroudj c. France, 4 octobre 2012, req. n°43631/09 : **356, 367**
Hassan c. Royaume-Uni, Gde ch., 19 septembre 2014, req. n°29750/09 : **411, 573, 574, 758**
Hatton et autres c. Royaume-Uni, Gde ch., 8 juillet 2003, req. n°36022/97, Rec. 2003-VI : **604, 607, 618**
Hebat aslan et firas aslan c. Turquie, 18 octobre 2014, req. n°15048/09 : **672, 676**
Hentrich c. France, 3 juillet 1997, req. n°13616/88, Rec. 1997-IV : **638**
Herrmann c. Allemagne, Gde ch., 26 juin 2012, req. n°9300/07 : **284**
Hirsi Jamaa et al. c. Italie, Gde ch., 23 février 2012, req. n°27765/09, Rec. 2012 : **638**
Hirst c. Royaume-Uni (N°2), Gde ch., 6 octobre 2005, req. n°74025/01, Rec. 2005-IX : **125, 324, 385, 417, 440, 483, 520, 578, 620, 704, 737**
Hirst c. Royaume-Uni, 24 juillet 2001, req. n°40787/98 : **125, 738**
Hogea c. Roumanie, 29 octobre 2013, req. n°31912/04 : **120**
Hornsby c. Grèce, 19 mars 1997, req. n°18357/91, Rec. 1997-II : **629**
Hristozov et autres c. Bulgarie, 13 novembre 2012, req. n°47039/11 et al., Rec. 2012 : **409, 566**
Hutchinson c. Royaume-Uni, 3 février 2015, req. n°57592/08 : **758**
Hutten-Czapska c. Pologne, Gde ch., 19 juin 2006, req. n°35014/97 : **37, 54, 96, 161, 652, 654**
Hutten-Czapska c. Pologne, Gde ch., 28 avril 2008, req. n°35014/97, (radiation du rôle) : **652, 654**

I

I.B. c. Grèce, 3 octobre 2013, req. n°552/10, Rec. 2013 : **398**

I.M. c. France, 2 février 2012, req. n°9152/09 : **223**
Idalov c. Russie, Gde ch., 22 mai 2012, req. n°5826/03 : **182**
Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie, Gde ch., 8 juillet 2004, req. n°48787/99, Rec. 2004-VII : **738**
Ilyushkin et autres c. Russie, 17 avril 2012, req. n°5734/08 et al. : **650**
Iordanovi c. Bulgarie, 27 janvier 2011, req. n°10907/04 : **602**
Irlande c. Royaume-Uni, 18 janvier 1978, req. n°5310/71, série A n°25 : **220, 263, 329, 676, 709**
Isgro c. Italie, 19 février 1991, req. n°11339/85, série A n°194-A : **323**
Ivanov et petroca c. Bulgarie, déc., 14 juin 2011, req. n°15001/04 : **323**
Izci c. Turquie, 23 juillet 2013, req. n°42606/05 : **642**

J

Jahn et autres c. Allemagne, Gde ch., 30 juin 2005, req. n°46720/99 et al., Rec. 2005-VI : **288, 342**
Jalloh c. Allemagne, Gde ch., 11 juillet 2006, req. n°54810/00 : **417**
James et autres c. Royaume-Uni, 21 février 1986, req. n°8793/79, série A n°98 : **566**
Jane Smith c. Royaume-Uni, Gde ch., 18 janvier 2001, req. n°25154/94 : **425**
Janyr c. République Tchèque, 31 octobre 2013, req. n°42937/08 : **323**
Jeunesse c. Pays-Bas, Gde ch., 3 octobre 2014, req. n°12738/10 : **368, 416**
Jussila c. Finlande, Gde ch., 23 novembre 2006, req. n°73053/01, Rec. 2006 XIV : **347**
Juta Mentzen alias Mencena c. Lettonie, 7 décembre 2004, req. n°71074/01, Rec. 2004-XII : **311**

K

Kafkaris c. Chypre, Gde ch., 12 février 2008, req. n°21906/04, Rec. 2008 : **405**
Kalinkin et autres c. Russie, 17 avril 2012, req. n°16967/10 et al. : **650**
Karacay c. Turquie, 27 mars 2007, req. n°6615/03 : **455**
Kart c. Turquie, Gde ch., 3 décembre 2009, req. n°8917/05, Rec. 2009 : **311**
Katz c. Roumanie, 20 janvier 2009, req. n°29739/03 : **642**
Kautzor c. Allemagne, 22 mars 2012, req. n°23338/09 : **466, 559**
Kayak c. Turquie, 10 juillet 2012, req. n°60444/08, § 59 : **613**
Kearns c. France, 10 janvier 2008, req. n°35991/04 : **450**
Kemal Taşkin et autres c. Turquie, 2 février 2010, req. n°30206/04 et al. : **356**
Kemmache c. France (N°3), 24 novembre 1994, req. n°17621/91, série A n°296-C : **323, 729**
Kiyutin c. Russie, 10 mars 2011, req. n°2700/10 : **368**
Kjeldsen, Busk Maden et Pedersen c. Danemark, 7 décembre 1976, req. n°5095/71 et al., série A n°23 : **561**
Klass et autres c. Allemagne, 6 septembre 1978, req. n°5029/71 : **222**
Koch c. Allemagne, 19 juillet 2012, req. n°497/09 : **120, 516, 551, 608**
Kokkinakis c. Grèce, 25 mai 1993, req. n°14307/88, série A n°260 : **305**
Konstantin Markin c. Russie, 7 octobre 2010, req. n°30078/06 : **249**
Konstantin Markin c. Russie, Gde ch., 22 mars 2012, req. n°30078/06 : **343, 404**
Konstantinidis c. Grèce, 3 avril 2014, req. n°58809/09 : **356**
Kosiński c. Pologne, déc., 10 mars 2015, req. n°23534/12 : **323**
Kotov c. Russie, Gde ch., 3 avril 2012, req. n°54522/00 : **569**
Kress c. France, Gde ch., 7 juin 2001, req. n°39594/98, Rec. 2001-VI : **600, 738**
Kruslin et Huvig c. France, 24 avril 1990, req. n°11801/85 et 11105/84, série A n°176-A : **499**
Kudla c. Pologne, Gde ch., 26 octobre 2000, req. n°30210/96 : **222, 223, 599, 774**
Kudrevičius et autres c. Lituanie, Gde ch., 15 octobre 2015, req. n°37553/05 : **356, 758**
Kurić et autres c. Slovénie, Gde ch., 12 mars 2014, (satisfaction équitable) req. n°26828/06 : **52, 651**
Kurić et autres c. Slovénie, Gde ch., 26 juin 2012, (arrêt au principal et satisfaction équitable), req. n°26828/06 : **290, 509, 514, 643, 651**

L

L.R. c. France, 27 juin 2002, req. n°33395/96 : **237**
Labassee c. France, 26 juin 2014, req. n°65941/11 : **553**
Ladislav Holub c. République Tchèque, déc., 14 décembre 2010, req. n°24880/05 : **675, 678, 679, 682**
Lambert et autres c. France, Gde ch., 5 juin 2015, req. n°46043/14 : **552, 621**
Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni, 19 février 1997, req. n°21627/93 et al., Rec. 1997-I : **365**
Lautsi et Autres c. Italie, Gde ch., 18 mars 2011, req. n°30814/06 : **288, 310, 395, 561, 583, 758**

Lavents c. Lettonie, 28 novembre 2002, req. n°58442/00 : **636**
Lawless c. Irlande (n°1), 14 novembre 1960, req. n°332/57 : **703**
Lee c. Royaume-Uni, Gde ch., 18 janvier 2001, req. n°25289/94 : **425**
Leger c. France, Gde ch., 30 mars 2009, req. n°19324/02 : **679**
Letellier c. France, 26 juin 1991, req. n°12369/86, série A n°207 : **111**
Leyla Sahin c. Turquie, Gde ch., 10 novembre 2005, req. n°44774/98, Rec. 2005-XI : **306, 310, 564**
Liga Portuguesa De Futebol Profissional c. Portugal, 3 avril 2012, req. n°49639/09 : **682**
Ligue des musulmans de suisse et autres c. Suisse, déc., 28 juin 2011, req. n°66274/09 : **331**
Lilly France c. France, 25 novembre 2010, req. n°20429/07 : **733**
Lingens c. Autriche, 8 juillet 1986, req. n°9815/82, série A n°103 : **305**
Loizidou c. Turquie Gde ch., 23 mars 1995, (exceptions préliminaires), req. n°15318/89 : **689**

M

M. c. Allemagne, 17 décembre 2009, req. n°19359/04 : **736**
M. G. c. Turquie, 22 mars 2016, req. n°646/10 : **416**
M.C. et autres c. Italie, 3 septembre 2013, req. n°5376/11 : **120**
M.S.S c. Belgique et Grèce, Gde ch., 21 janvier 2011, req. n°30696/09 : **329, 634, 639, 646, 676**
Maestri c. Italie, Gde ch., 17 février 2004, req. n°39748/98 : **713**
Magnon c. France, déc., 10 mai 2012, req. n°26219/08 : **495**
Maire c. Portugal, 26 juin 2003, req. n°48206/99 : **417, 430**
Majadallah c. Italie, 19 octobre 2006, req. n°62094/00 : **736**
Makedonski c. Bulgarie, 20 janvier 2011, req. n°36036/04 : **223**
Maktouf et Damjanović c. Bosnie-Herzégovine, Gde ch., 18 juillet 2013, req. n°2312/08 34179/08, Rec. 2013 : **111**
Malone c. Royaume-Uni, 2 août 1984, req. n°8691/79, série A n°82 : **260, 711**
Mamatkoulou et Askarov c. Turquie, Gde ch., 4 février 2005, req. n°46827/99 et 46951/99, Rec. 2005-I : **222, 417, 493, 603**
Mamère c. France, 7 novembre 2006, req. n°12697/03 : **237**
Mandet c. France, 14 janvier 2016, req. n°30955/12 : **230**
Mangouras c. Espagne, Gde ch., 28 septembre 2010, req. n°12050/04 : **436, 533, 571**
Mansur yalçın et autres c. Turquie, 16 septembre 2014, req. n°21163/11 : **356**
Marckx c. Belgique, 13 juin 1979, req. n°6833/74, série A n°31 : **629, 704, 723, 242, 328, 644, 412**
Margareta et Roger Andersson c. Suède, 25 février 1992, req. n°12963/87, série A n°226-A : **314**
Marguš c. Croatie, Gde ch., 27 mai 2014, req. n°4455/10 : **411, 417**
Maria Atanasiu et autres c. Roumanie, 12 octobre 2010, req. n°30767/05 et al. : **643, 648, 642, 378**
Marinis c. Grèce, 9 octobre 2014, req. n°3004/10 : **367, 466, 559**
Martinie c. France, Gde ch., 12 avril 2006, req. n°58675/00 : **407**
Maslov c. Autriche, Gde ch., 23 juin 2008, req. n°1638/03, Rec. 2008 : **624**
Mata Estevez c. Espagne, 10 mai 2001, req. n°56501/00, Rec. 2001-VI : **403**
Matelly c. France, 2 octobre 2014, req. n°10609/10 : **392, 434, 435**
Mathieu c. France, 27 octobre 2005, req. n°68673/01 : **237**
Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique, 2 mars 1987, req. n°9267/81, série A n°114 : **485, 506, 577**
Maumousseau et Washington c. France, 6 décembre 2007, req. n°39388/05 : **417**
Maurice c. France, Gde ch., 6 octobre 2005, req. n°11810/03 : **237, 725**
Mazurek c. France, 1 février 2000, req. n°34406/97, Rec. 2000-II : **705, 723**
MC c. Bulgarie, 4 décembre 2003, req. n°39272/98, Rec. 2003-XII : **422, 602, 604**
Mc Farlane c. Irlande, Gde ch., 10 septembre 2010, req. n°31333/06, Rec. 2010 : **151, 161, 296**
McCann c. Royaume-Uni, Gde ch., 27 septembre 1995, req. n°18984/91, série A n°324 : **574**
Meier c. Suisse, 9 février 2016, req. n°10109/14 : **567**
Mennesson c. France, 26 juin 2014, req. n°65192/11 : **456, 509, 553**
Mikulic c. Croatie, 7 février 2002, req. n°53176/99, Rec. 2002-I : **450, 466**
Miroļubovs et autres c. Lettonie, 15 septembre 2009, req. n°798/05 : **52, 119**
Modinos c. Chypre, 22 avril 1993, req. n°15070/89, série A n°259 : **260, 711**
Montoya c. France, 23 janvier 2014, req. n°62170/10 : **146**
Mostacciuolo Giuseppe c. Italie (n°2), Gde ch., 29 mars 2006, req. n°65102/01 : **766**
Mottola et autres c. Italie, 4 février 2014, req. n°29932/07 : **283**

Moustaquim c. Belgique, 18 février 1991, req. n°12313/86, série A n°193 : **519, 518**
Mouvement Raëlien Suisse c. Suisse, Gde ch., 13 juillet 2012, req. n°16354/06, Rec. 2012 : **146, 513**
Müller et autres c. Suisse, 24 mai 1988, req. n°10737/84, série A n°133 : **288**
Munoz Diaz c. Espagne, déc., 8 décembre 2009, req. n°49151/07, Rec. 2009 : **567**
Murphy c. Irlande, 10 juillet 2003, req. n°44179/98, Rec. 2003-IX : **618**

N

N. c. Royaume-Uni, Gde ch., 27 mai 2008, req. n°26565/05, Rec. 2008 : **347, 569**
N.K. c. France, 19 décembre 2013, req. n°7974/11 : **324**
Nada c. Suisse, Gde ch., 12 septembre 2012, req. n°10593/08 : **193, 411**
Nasri c. France, 13 juillet 1995, req. n°19465/92, série A n°320-B : **636**
Năsui c. Roumanie, déc., 17 décembre 2013, req. n°42529/08 : **323**
National Union of Rail, Maritime and Transport Workers c. Royaume-Uni, 8 avril 2014, req. n°31045/10 : **436, 455**
Nedjet Sahin and Perihan Sahin c. Turquie, Gde ch., 20 octobre 2011, req. n°13279/05 : **579**
Neshkov et autres c. Bulgarie, 27 janvier 2015, req. n°36925/10 et al. : **654**
Neulinger et Shuruk c. Suisse, Gde ch., 6 juin 2010, req. n°41615/07, Rec. 2010 : **434**
Neumeister c. Autriche, 13 juin 1968, req. n°1936/63, série A n°8 : **509**
Nicoleta Gheorge c. Roumanie, 3 avril 2012, req. n°23470/05 : **675**
Nicolò Santilli c. Italie, 17 décembre 2013, req. n°51930/10 : **283**

O

O'Keeffe c. Irlande, Gde ch., 28 janvier 2014, req. n°35810/09 : **193, 230, 417, 611**
Observer et Guardian c. Royaume-Uni, 26 novembre 1991, req. n°13585/88, série A n°216 : **643**
Obst c. Allemagne, 23 septembre 2010, req. n°425/03 : **416**
Ocalan c. Turquie, Gde ch., 12 mai 2005, req. n°46221/99, Rec. 2005-IV : **637, 639**
Odièvre c. France, Gde ch., 13 février 2003, req. n°42326/98, Rec. 2003-III : **237, 448**
Ogaristi c. Italie, 18 mai 2010, req. n°231/07 : **638**
Oikodomikos Synetairismos Ygeionomikon "I Ygeia", Karkavelas, Vamvalis Et Graikou c. Grèce, déc., 25 mai 1999, req. n°42396/98 : **532**
Oliari et autres c. Italie, 21 juillet 2015, req. n°18766/11 et al. : **398**
Oneryildiz c. Turquie, Gde ch., 30 novembre 2004, req. n°48939/99, Rec. 2004-XII : **416, 417, 604, 610**
Open door et Dublin well woman c. Irlande, 29 Octobre 1992, req. n°14234/88 14235/88, série A n°246 : **111, 288, 331, 459, 521**
Opuz c. Turquie, 9 juin 2009, req. n°33401/02 : **433, 711**
Orsus et autres c. Croatie, Gde ch., 16 mars 2010, req. n°15766/03 : **416**
Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni, 17 janvier 2012, req. n°8139/09 : **417**
Otto-Preminger-Institut c. Autriche, 20 septembre 1994, req. n°13470/87, série A n°295-A : **310, 365, 509, 543, 564**
Ouardiri c. Suisse, déc., 28 juin 2011, req. n°65840/09 : **564**
Özalp Ulusoy c. Turquie, 4 juin 2013, req. n°9049/06 : **98**
Özpinar c. Turquie, 10 octobre 2010, req. n°20999/04 : **623**

P

Paksas c. Lituanie, Gde ch., 6 janvier 2011, req. n°34932/04, Rec. 2011 : **368, 631, 646**
Palomo Sanchez et al. c. Espagne, Gde ch., 12 septembre 2011, req. n°28955/06 et al. : **563**
Palusinski c. Pologne, déc., 3 octobre 2006, req. n°62414/00, Rec. 2006-XIV : **536**
Pantea c. Roumanie, déc., 6 mars 2001, req. n°33343/96, Rec. 2003-VI : **234, 240**
Papamichalopoulos et al. c. Grèce, 31 octobre 1995, req. n°14556/89, série A n°330-B : **99, 146, 632, 634, 639, 645, 764**
Paradiso et Campanelli c. Italie, 27 janvier 2015, req. n°25358/12 : **558**
Paradysz c. France, 29 octobre 2009, req. n°17020/05 : **224**
Parrillo c. Italie, Gde ch., 27 Août 2015, req. n°46470/11 : **241, 507, 509, 555, 621, 733**
Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie, Gde ch., 30 janvier 1998, req. n°19392/92, Rec. 1998-I : **101, 113, 132, 304, 345, 764**
Parti conservateur russe des entrepreneurs et autres c. Russie, 11 janvier 2007, req. n°55066/00 et al. : **416**

Partija "Jaunie Demokrati" et Partija "Musu Zeme" c. Lettonie, déc., 29 novembre 2007, req. n°10547/07 et al. : **452, 577**

Patoux c. France, 14 avril 2011, req. n°35079/06 : **237**

Paudicio c. Italie, 24 mai 2007, req. n°77606/01 : **645**

Pauwels c. Belgique, 26 mai 1988, req. n°10208/82, série A n°135 : **629**

Pelladoah c. Pays-Bas, 22 septembre 1994, req. n°16737/90, série A n°297-B : **636**

Pentikäinen c. Finlande, Gde ch., 20 oct. 2015, req. n°11882/10 : **758**

Perdigao c. Portugal, Gde ch., 16 novembre 2010, req. n°24768/06 : **569**

Perinçek c. Suisse, Gde ch., 15 octobre 2015, req. n°27510/08 : **479, 525**

Perinçek c. Turquie, 17 décembre 2012, req. n°27510/08 : **323, 416**

Petrovic c. Autriche, 27 mars 1998, req. n°20458/92, Rec. 1998-I : **366, 464, 367**

Pini et Bertani c. Roumanie, 22 juin 2004, req. n°78028/01 et al. : **417**

Pla et Puncerneau c. Andorre, 13 juillet 2004, req. n°69498/01, Rec. 2004-VIII : **324**

Plattform « Ärzte Für Das Leben » c. Autriche, 21 juin 1988, req. n°10126/82, série A n°139 : **333**

Plechkov c. Roumanie, 16 septembre 2014, req. n°1660/03 : **499**

Poede c. Roumanie, 15 septembre 2015, req. n°40549/11 : **602**

Pontes c. Portugal, 10 avril 2012, req. n°19554/09 : **324**

Preda et autres c. Roumanie, 29 avril 2014, req. n°9584/02 : **650, 228**

Preda et dardari c. Italie, déc., 23 février 1999, req. n°28160/95 et 28382/95, Rec. 1999-II : **328, 331**

Pressos compania naviera S.A. et autres c. Belgique, 20 novembre 1995, req. n°17849/91, série A n°332 : **268, 566**

Pretty c. Royaume-Uni, 29 avril 2002, req. n°2346/02 : **551, 573**

Pulath c. Turquie, 26 avril 2011, req. n°38665/07 : **713**

Py c. France, 11 janvier 2005, req. n°66289/01, Rec. 2005-I : **417, 485, 577**

R

R. R. c. Pologne, 26 mai 2011, req. n°27617/04 : **460, 607**

Ramirez Sanchez c. France, Gde ch., 4 juillet 2006, req. n°59450/00, Rec. 2006-IX : **416**

Rasmussen c. Danemark, 28 novembre 1984, req. n°8777/79, série A n°87 : **450, 500**

Rees c. Royaume-Uni, 17 octobre 1986, req. n°9532/81, série A n°106 : **426, 482**

Refah Partisi (Parti de la Prosperite) et autres c. Turquie, Gde ch., 13 février 2003, req. n°41340/98 et al. : **343**

Rekvenyi c. Hongrie, 20 mai 1999, req. n°25390/94, Rec. 1999-III : **288, 342**

Rekvenyi c. Roumanie, Gde ch., 20 mai 1999, req. n°25390/94, Rec. 1999-III : **342**

Remli c. France, 24 mars 1993, req. n°16839/90, Rec. 1996-II : **636**

Renard et autres c. France, déc., 25 Août 2015, req. n°3569/12 et al. : **240**

Renolde c. France, 16 octobre 2008, req. n°5608/05, Rec. 2008 : **613, 778**

Riad et Idiab c. Belgique, 24 janvier 2008, req. n°29787/03 et 29810/03, Rec. 2008 : **416**

Rinck c. France, déc., 19 octobre 2010, req. n°18774/09 : **675, 678, 685**

Ringeisen c. Autriche, 16 juillet 1971, req. n°2614/65 : **179**

Riza et autres c. Bulgarie, 13 octobre 2015, req. n°48555/10 : **323, 577**

Roman Zakharov c. Russie, Gde ch., 4 décembre 2015, req. n°47143/06 : **331**

Rustam Khodzhayev c. Russie, 12 novembre 2015, req. n°21049/06 : **602**

S

S.A.S. c. France, Gde ch., 1 juillet 2014, req. n°43835/11 : **306, 331, 356, 366, 443, 503, 506, 525, 526, 562**

S.H. et autres c. Autriche, Gde ch., 3 novembre 2011, req. n°57813/00 : **325, 356, 367, 408, 437, 463, 537, 553, 554, 564**

S.L. c. Autriche, 9 janvier 2003, req. n°45330/99, Rec. 2003-I : **368**

S.L. et J.L. c. Croatie, 7 mai 2015, req. n°13712/11 : **434**

Sabou et Pircalab c. Roumanie, 28 septembre 2004, req. n°46572/99 : **521**

Sakhnovski c. Russie, Gde ch., 2 novembre 2010, req. n°21272/03 : **121, 638, 766**

Salah c. Pays-Bas, 6 juillet 2006, req. n°8196/02 : **645**

Salduz c. Turquie, Gde ch., 27 novembre 2008, req. n°36391/02 : **731**

Sampanis et autres c. Grèce, 5 juin 2008, req. n°32526/05 : **228**

Sâncrăian c. Roumanie, 14 janvier 2014, req. n°71723/10 : **182**

- Satilmis et autres c. Turquie*, 17 juillet 2007, req. n°74611/01 : **455**
Schalk et Kopf c. Autriche, 24 juin 2010, req. n°30141/04 : **237, 362, 403, 557**
Schiesser c. Suisse, 4 décembre 1979, req. n°7710/76, série A n°34 : **327**
Schwizgebel c. Suisse, 10 juin 2010, req. n°25762/07, Rec. 2010 : **366, 367, 558**
Scoppola c. Italie (N°2), req. n°10249/03, Gde ch., 17 septembre 2009, Rec. 2009 : **434, 639**
Scoppola n°3 c. Italie, Gde ch., 22 mai 2012, req. n°126/05 : **520, 578**
Scordino c. Italie n°1, Gde ch., 29 mars 2006, req. n°36813/97, Rec. 2006-V : **98, 645**
Scozzari et Giunta c. Italie, Gde ch., 13 juillet 2000, req. n°39221/98 et 41963/98, Rec. 2003-VIII : **631, 634, 731**
Sejdic et Finci c. Bosnie-Herzégovine, Gde ch., 22 décembre 2009, req. n°27996/06 et al. : **342**
Selmouni c. France, req. n°25803/94, Gde ch., 28 juillet 1999, Rec. 1999-V : **220, 343, 407, 604, 613**
Serife Yiğit c. Turquie, Gde ch., 2 novembre 2010, req. n°3976/05 : **543, 569**
Shala c. Suisse, 15 novembre 2012, req. n°52873/09 : **624**
Shamardakov c. Russie, 30 avril 2015, req. n°13810/04 : **216**
Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni, Gde ch. 30 juillet 1998, req. n°22985/93 et al., Rec. 1998-V : **426, 482**
Shindler c. Royaume-Uni, 5 mai 2013, req. n°19840/09 : **618**
Sidabras et Dziautas c. Lituanie, 27 juillet 2004, req. n°55480/00 et al., Rec. 2004-VIII : **416**
Sigurdur A. Sigurjonsson c. Islande, 30 juin 1993, req. n°16130/90, série A n°264 : **416, 417, 424, 420**
Siliadin c. France, 26 juillet 2005, req. n°73316/01, Rec. 2005-VII : **267, 417**
Sindicatul "Pastorul Cel Bun" c. Roumanie, Gde ch., 9 juillet 2013, req. n°2330/09, Rec. 2013 : **283, 309, 356, 537, 563**
Singh et autres c. Belgique, 2 octobre 2013, req. n°33210/11 : **119, 216, 608**
Sitaropoulos et al. c. Grèce, Gde ch., 15 mars 2012, req. n°42202/07 : **366, 394, 438, 576, 577**
Slavgorodski c. L'Estonie, 9 mars 1999, req. n°37043/97 : **228**
Slimani c. France, 22 juillet 2004, req. n°57671/00, Rec. 2004-IX : **602, 724**
Slivenko c. Lettonie, Gde ch., 9 octobre 2003, req. n°48321/99, Rec. 2003-X : **623**
Société de conception presse et d'édition et Ponson c. France, 5 mars 2009, req. n°26935/05 : **434**
Soering c. Royaume-Uni, 7 juillet 1989, req. n°14038/88 : **361, 763**
Sorensen et Rasmussen c. Danemark, Gde ch., 11 janvier 2006, req. n°52562/99 et 52620/99, Rec. 2006-I : **401, 420, 479, 563, 566**
Spadea et Scalabrino c. Italie, 28 septembre 1995, req. n°12868/87 : **218, 234, 240**
Spampinato c. Italie, déc., 29 mars 2007, req. n°23123/04 : **340**
Sporrong et Lönnroth c. Suède, 23 septembre 1982, req. n°7151/75, série A n°52 : **543, 764**
Stafford c. Royaume-Uni, Gde ch., 28 mai 2002, req. n°46295/99 : **407, 763**
Staibano et Autres c. Italie, 4 février 2014, req. n°29907/07 : **283**
Stanev c. Bulgarie, Gde ch., 17 janvier 2012, req. n°36760/06 : **638**
Stec et al. c. Royaume-Uni, Gde ch., 12 avril 2006, req. n°65731/01 et al., Rec. 2006-XI : **541, 566**
Strain et al. c. Roumanie, 21 juillet 2005, req. n°57001/00, Rec. 2005-VII : **543**
Stratégies et Communications et Dumoulin c. Belgique, 15 juillet 2002, req. n°37370/97 : **98, 212**
Stübing c. Allemagne, 12 avril 2012, req. n°43547/08 : **537**
Stummer c. Autriche, Gde ch., 7 juillet 2011, req. n°37452/02, Rec. 2011 : **37, 462, 463, 543, 566, 568, 581, 574, 758**
Sunday Times c. Royaume-Uni, 26 avril 1979, req. n°6538/74, série A n°30 : **311, 313, 365, 502, 523, 355, 504**

T

- T. c. Royaume-Uni*, Gde ch., 16 décembre 1999, req. n°24724/94 : **217, 425**
Tanase c. Moldova, Gde ch., 27 avril 2010, req. n°7/08, Rec. 2010 : **328, 331**
Tanasoica c. Roumanie, 19 juin 2012, req. n°3490/03 : **627**
Taron c. Allemagne, déc., 29 mars 2012, req. n°53126/07 : **650**
Taskin et al. c. Turquie, 11 novembre 2004, req. n°46117/99, Rec. 2004-X : **417**
Taxquet c. Belgique, Gde ch., 16 novembre 2010, req. n°926/05, Rec. 2010 : **582, 600**
Timurtas c. Turquie, 13 juin 2000, req. n°23531/94, Rec. 2000-VI : **324**
Tomasi c. France, 27 août 1992, req. n°12850/87, série A n°241-A : **224**
Torreggiani et autres c. Italie, 8 janvier 2013, req. n°43517/09 : **234, 643**

Tourisme d'affaires c. France, 16 février 2012, req. n°17814/10 : **324**
Trévalec c. Belgique, 25 juin 2013, req. n°30812/07 : **646**
Tyrer c. Royaume-Uni, 25 avril 1978, req. n°5856/72 : **343, 407, 763**
Tysiac c. Pologne, 20 mars 2007, req. n°5410/03, Rec. 2007 : **607**

U

Umlaufová c. République Tchèque, 29 janvier 2013, req. n°3794/08 : **119**
Ünal akpınar inşaat imalat sanayi ve ticaret S.A. et autres c. Turquie, 26 mai 2009, req. n°41246/98 : **646**
Ünal akpınar inşaat, sanayi, turizm, madencilik ve ticaret S.A. c. Turquie, 8 septembre 2015, req. n°41246/98 : **646**
Üner c. Pays-Bas, Gde ch., 18 octobre 2006, req. n°46410/99, Rec. 2006-XII : **624**
Uzun c. Turquie, déc., 30 avril 2013, req. n°10755/13 : **701**

V

V. c. Royaume-Uni, Gde ch., 16 décembre 1999, req. n°24888/94, Rec. 1999-IX : **425**
Valada matos das neves c. Portugal, 29 octobre 2015, n°73798/13 : **98**
Valenzuela Contreras c. Espagne, 30 juillet 1998, req. n°27671/95, Rec. 1998-V : **260, 711**
Vallianatos et autres c. Grèce, Gde ch., 7 novembre 2013, req. n°29381/09 et al., Rec. 2013 : **146, 228, 307, 398, 403, 543, 557**
Van Der Heijden c. Pays-Bas, Gde ch., 3 avril 2012, req. n°42857/05 : **440, 453, 454, 496, 581**
Van Oosterwijck c. Belgique, 6 novembre 1980, req. n°7654/76, série A n°40 : **218**
Varnava et autres c. Turquie, Gde ch., 18 septembre 2009, req. n°16064/90 et al., Rec. 2009 : **323, 646**
Vasilescu c. Belgique, 25 novembre 2014, req. n°64682/12 : **642**
Vassiliadis c. Grèce, 2 avril 2009, req. n°32086/06 : **322**
Vassilios Athanasiou et al. c. Grèce, 21 décembre 2010, req. n°50973/08 : **654**
Vefa Serdar c. Turquie, 27 janvier 2015, req. n°7309/04 : **642**
Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse (n°2), Gde ch., 30 juin 2009, req. n°32772/02 : **634, 657**
Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche, 25 janvier 2007, req. n°68534/01 : **509, 519**
Vergu c. Roumanie, 11 janvier 2011, req. n°8209/06 : **151, 161, 219**
Verlagsgruppe news GMBH et Bobi c. Autriche, 4 décembre 2012, req. n°59631/09 : **627**
Vermeire c. Belgique, 29 novembre 1991, req. n°12849/87 : **704, 723, 711**
Vernillo c. France, 20 février 1991, req. n°11889/85, série A n°198 : **234**
VgT Verein Gegen Tierfabriken c. Suisse, 28 juin 2001, req. n°24699/94, Rec. 2001-VI : **617**
Vinter et autres c. Royaume-Uni, Gde ch., 9 juillet 2013, req. n°66069/09 et al. : **436**
Vistins et Perepjolkins c. Lettonie, 8 mars 2011, req. n°71243/01 : **646**
Vistiņš et Perepjolkins c. Lettonie, Gde ch., 25 octobre 2012, req. n°71243/01 : **283, 288**
Vitiello c. Italie, 17 juillet 2007, req. n°6870/03 : **645**
Vladimir Petrovich Korolev c. Russie, déc., 1^{er} juillet 2010, req. n°25551/05 : **675, 681, 685**
Vo c. France, Gde ch., 8 juillet 2004, req. n°53924/00 : **288, 355, 392, 399, 416, 460, 550**
Vogt c. Allemagne, Gde ch., 26 septembre 1995, req. n°17851/91, série A n°323 : **288, 332**
Von Hannover c. Allemagne (n°2), Gde ch., 7 février 2012, req. n°40660/08 et 60641/08 : **625**
Von Hannover c. Allemagne n°3, 19 septembre 2013, req. n°8772/10 : **627**
Voskuil c. Pays-Bas, 22 novembre 2007, req. n°64752/01 : **454**
Vučković et Autres c. Serbie, Gde ch., 25 mars 2014, req. n°17153/11 : **217, 219, 228**
Vyerentsov c. Ukraine, 11 avril 2013, req. n°20372/11 : **633**

W

Wagner et J.M.W.L c. Luxembourg, 28 juin 2007, req. n°76240/01 : **368**
Willis c. Royaume-Uni, 11 juin 2002, req. n°36042/97, Rec. 2002-IV : **567**
Wingrove c. Royaume-Uni, 25 novembre 1996, req. n°17419/90 : **564**
Winterstein et autres c. France, 17 octobre 2013, req. n°27013/07 : **507**
Winterwerp c. Pays-Bas, 24 octobre 1979, req. n°6301/73 : **237**
Women on waves c. Portugal, 3 février 2009, req. n°31276/05 : **572**

X

X, Y, Z. c. Royaume-Uni, Gde ch., 22 avril 1997, req. n°21830/93, Rec. 1997-II : **367**

X. c. Lettonie, Gde ch., 26 novembre 2013, req. n°27853/09 : **416**
X. et autres c. Autriche, Gde ch., 19 février 2013, req. n°19010/07 : **438, 486, 487, 543, 763**
Xheraj c. Albanie, 29 juillet 2008, req. n°37959/02 : **736**

Y

Yengo c. France, 21 mai 2015, req. n°50494/12 : **223**
Yumak et Sadak c. Turquie, Gde ch., 8 juillet 2008, req. n°10226/03, Rec. 2008 : **451, 485, 577**
Y.Y. c. Turquie, 10 mars 2015, req. n°14793/08, Rec. 2015 : **426**

Z

Z.M. c. France, 14 novembre 2013, req. n°40042/11 : **325**
Zdanoka c. Lettonie, Gde ch., 16 mars 2006, req. n°58278/00, Rec. 2006-IV : **342, 577, 765**
Zielinski et Pradal & Gonzales et autres c. France, Gde ch., 28 octobre 1999, req. n°24846/94 : **731**
Zirownicky c. République Tchèque, déc., 9 juillet 2002, req. n°46170/99 : **289**
Zontul c. Grèce, 17 janvier 2012, req. n°12294/07 : **417**
Zorica Jovanović c. Serbie, 26 mars 2013, req. n°21794/08 : **643**

II- JURISPRUDENCE INTERNATIONALE

A- Jurisprudence de la Cour internationale de justice

Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique), 31 mars 2004, Rec. 2004, p. 12 : **88**
Interhandel (Suisse c. États-Unis d'Amérique), 21 mars 1959, Rec. 1959, p. 6 : **88, 216**
LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique), 27 juin 2001, Rec. 2001, p. 465 : **88**
Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, 11 avril 1949, Rec. 1949, p. 174 et suiv. : **86**
Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande), 25 juillet 1974, fond, C.I.J. Rec. 1974, pp. 203-205 : **645**

B- Jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale

Usine de Chorzow, 8 février 1927, Rec. 1927, série A n°9, p. 21 : **645**
Compétence des tribunaux de Dantzig, avis consultatif, 3 mars 1928, Rec. CPJI., série B, n°15, p. 17 : **263**

C- Jurisprudence de la Cour pénale internationale

Al-Senussi, 24 juillet 2014, ICC-01/11-01/11-T-6 : **88**

D- Jurisprudence interaméricaine

Artavia murillo y otros ("fecundación in vitro") vs. Costa Rica, 28 novembre 2012, Série C No. 257 : **355**
Gomes lund y otros ("guerrilha do araguaia") vs. Brasil, 24 novembre 2010, Série C n°219 : **355**

III- JURISPRUDENCE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES/DE L'UNION EUROPÉENNE

A- Cour de Justice

Ass. Pl., 18 décembre 2014, Avis 2/13 : **243**

Alliance for Natural Health, 12 juillet 2005, aff. C-154/04, § 106 et 107, Rec. I. p. 6451 : **190**

Estonie c. Parlement et Conseil, 18 juin 2015, aff. C-508/13 : **189**

Foto-Frost contre Hauptzollamt Lübeck-Ost, 22 octobre 1987, aff. 314/85, Rec. p. 4199 : **248**

Internationale Handelsgesellschaft, 17 décembre 1970, aff. 11-70, Rec. p. 1125 : **355**

Luxembourg c. Parlement et Conseil, 3ème ch., 12 mai 2011, aff. C-176/09, Rec. I. p. 3727 : **355**

Plaumann & Co. c. Commission, 15 juillet 1963, aff. 25/62, Rec., p. 199 : **245**

Royaume des Pays-Bas c. Parlement et Conseil, 9 octobre 2001, aff. C-377/98, Rec. I. p. 7079 : **190**

Royaume-Uni c. Conseil, 12 novembre 1996, aff. C-84/94, Rec. I. p. 5755 : **189**

Telefónica SA c. Commission européenne, Gde. ch., 19 décembre 2013, aff. C-274/12 P : **245**

Union de Pequenos Agricultores, 25 juillet 2002, aff. C-50/00 P, Rec. I. p. 6677 : **245**

B- Tribunal

Jégo-Quéré et Cie SA c. Commission, 3 mai 2002, T-177/01, Rec. II. p. 2365 : **245**

Snemo Mars-Momchil Dobrev e.a. c. Commission et Bulgarie, ord., 30 septembre 2010, T-195/10 : **245**

IV- JURISPRUDENCE NATIONALE FRANÇAISE

A- Jurisprudence judiciaire

1- Jurisprudence des Tribunaux de Grande instance

TGI Montpellier, 2 mai 2000, Juris-Data n° 118697 : **730**

TGI Brive, 30 juin 2000, Juris-Data n° 120816 : **730**

2- Jurisprudence de la Cour de cassation

a- Chambre Civile

Cass. Civ., 10 mars 1993, *Lejeune*, pourvoi n°91-11.310, Bull. I, n°103, p. 69 : **263**

Cass. Civ., 29 janvier 2002, pourvois n°99-21134 et 99-21135 : **730**

b- Chambre Criminelle

Cass. Crim., 16 juillet 1997, pourvoi n°97-82539, Bull. crim. 1997, n°273 : **77**

Cass. Crim., 8 avril 2010, pourvoi n°10-80.554, Bull. crim. 2010, n°6 : **77**

Cass. Crim., 18 août 2010, pourvoi n°10-83.770, Bull. crim. 2010, n°123 : **77**

Cass. Crim., 18 août 2010, pourvoi n°10-83.819, Bull. crim. 2010, n°124 : **77**

Cass. Crim., 17 octobre 2012, pourvoi n°12-85.082, Bull. crim. 2012, n°222 : **77**
 Cass. Crim., 13 janvier 2009, pourvoi n°08-80.787 : **267**
 Cass. Crim., 3 février 1993, *Kemmache*, pourvoi n°92-83443 : **729**
 Cass. Crim., 4 mai 1994, *Saïdi*, pourvoi n°93-84.547 : **729**

c- Chambre Sociale

Cass. Soc., 12 janvier 1999, *Spileers*, req. n°96-40.755, Bull. n°7 : **725**
 Cass. Soc., 2 octobre 2001, *SA Nikon France c. Onof*, req. n°99-42.942 : **725**
 Cass. Soc., 14 janvier 1999, *Bozkurt c. CPAM de Saint-Etienne*, pourvoi n°B 97-12.487 : **730**
 Cass. Soc., 13 juin 2007, pourvoi n°05-45.694 : **731**

d- Chambre Mixte

Cass., Ch. mixte, 24 mai 1975, *Société des Cafés Jacques Vabres*, pourvoi n°73-13556, Bull. Civ. n°4, p. 6 : **262**

e- Assemblée Plénière

Cass., Ass. Plénière, 15 avril 2011, pourvois n°10-17.049, 10-30.313, 10-30.316 et 10-30.242 : **269, 731**
 Cass., Ass. Plénière, 17 novembre 2000, *Nicolas Perruche*, pourvoi n°99-13701, Bull. n°9, p. 15 : **237**
 Cass., Ass. Plénière, 2 juin 2000, *Pauline Fraisse*, pourvoi n°99-60.274, Bull. Ass. plén., n°4, p. 7 : **263**
 Cass., Ass. Plénière, 3 juillet 2015, pourvois n°14-21.323 et n°15-50.002 : **735**
 Cass., Ass. Plénière, 8 juillet 2008, *Épx. L. c. D. et autres*, pourvoi n°07-12159 : **725**

B- Jurisprudence du Conseil d'Etat

Aramu et autres, Assemblée, 26 octobre 1945, req. n° 77.726, Rec. Lebon p. 213 : **153**
Association Ekin, 9 juillet 1997, req. n°151064, Rec. Lebon p. 300 : **723**
Centre Hospitalier de Nice contre Epoux Quarez, section, 14 février 1997, req. n°133238, Rec. Lebon p. 44 : **237**
Conseil national des barreaux et a., Conseil des barreaux européens, sect., 10 avril 2008, req. n°296845 et n°296907 : **338**
Courty, 25 mai 2007, req. n°296327 : **730**
Fédération nationale des chasseurs et autres, 18 juillet 2011, req. n° 340512, Rec. Lebon, p. 368 : **176**
GISTI et FAPIL, Ass., 11 avril 2012, req. n°322326 : **263**
Gisti, 13 février 2013, req. n°361401 : **731**
Gisti, 7 février 2003, req. n°243634, Rec. Lebon p. 30 : **723**
Gisti, Section, 23 avril 1997, req. n°163043, Rec. Lebon p. 142 : **263**
Hardouin et Marie, Ass., 17 février 1995, req. n°107766 et n°97754, Rec. Lebon p. 82 et 85 : **724**
M. Christian A., 13 octobre 2010, req. n°307619 : **268**
M. Gilbert B., Sect., 4 octobre 2012, req. n°328502 : **731, 735**
M. Parent et autres, 27 octobre 2006, req. n°276069, Rec. p. 454 : **347**
M. Rouquette et autres, Ass., 5 mars 1999, req. n°194658, Rec. Lebon p. 37 : **263**
M. Sarran, Levacher et autres, Assemblée, 30 Octobre 1998, req. n°200286-200287, Rec. Lebon, p. 369 : **263**
Meyet, ord., 20 décembre 2005, req. n°288253 : **731**
Ministre de l'économie et des finances c. société Amibu, 24 novembre 1997, req. n°171929 : **729**
Ministre de l'Intérieur contre Cohn-Bendit, Ass., 22 décembre 1978, req. n°11604, Rec. Lebon p. 524 : **419, 719**
Mlle Cinar, 22 septembre 1997, req. n°161364, Rec. Lebon, p. 319 : **263**

Nicolo, Ass. plén., 20 octobre 1989, req. n°108243, Rec. Lebon p. 190 : **262**
SARL Ghesquière Equipement, Ass., 7 juillet 2004, req. n°230169 : **268**
Section française de l'Observatoire international des prisons, 17 décembre 2008, req. n°305594, Rec. Lebon p. 463 : **724**
Société GETECOM, 19 novembre 2008, req. n°292948 : **268**
Vernes, Ass., 30 juillet 2014, req. n°358564 : **735**

C- Jurisprudence du Conseil constitutionnel

1- Décisions

Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique, 07 juillet 2005, n°2005-516 DC, Rec. 2005 p. 102 : **26, 27, 66, 176, 189**
Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, 7 octobre 2010, n°2010-613 DC, Rec. p. 276 : **525**
Loi sur l'Interruption Volontaire de Grossesse, 15 janvier 1975, n°74-54 DC : **262**
Loi sur la communication audiovisuelle, 27 juillet 1982, n°82-141 DC, Rec., p. 48 - Journal officiel du 27 juillet 1982, p. 2422 : **306**
Loi de réforme des collectivités territoriales, 9 décembre 2010, n° 2010-618 DC : **68**

2- Questions prioritaires de constitutionnalité

Association Cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie [Dispositions relatives aux soins psychiatriques sans consentement], 20 avril 2012, n°2012-235 QPC : **237**
Association Vivraviry [Recours des associations], 17 juin 2011, n°2011-138 QPC : **237**
Commune de Maing [Retrait d'une commune membre d'un EPCI], 26 avril 2013, n°2013-304 QPC, JORF du 28 avril 2013, p. 7400 : **189**
Consorts T. [Conditions de prise de possession d'un bien ayant fait l'objet d'une expropriation pour cause d'utilité publique], 6 avril 2012, n°2012-226 QPC : **237**
Coordination pour la sauvegarde du bois de Boulogne [Validation législative de permis de construire], 24 février 2012, n°2011-224 QPC : **237**
M. Abdellatif B. et autre [Hospitalisation d'office], 9 juin 2011, n°2011-135/140 QPC : **237**
M. Daniel W. Et autres [Garde à vue], 30 juillet 2010, n°2010-14/22 QPC : **269, 731**
M. John L. et autres [Cumul des poursuites pour délit d'initié et des poursuites pour manquement d'initié], 18 mars 2015, n°2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC : **731**
M. Louis C. et autres [Conditions de réalisation des expertises génétiques sur une personne décédée à des fins d'actions en matière de filiation], 30 septembre 2011, n°2011-173 QPC : **237**
M. Mathieu E [Accès aux origines personnelles], 16 mai 2012, n°2012-248 QPC : **237**
M. Philippe B. [Exception de vérité des faits diffamatoires constituant une infraction amnistiée ou prescrite, ou ayant donné lieu à une condamnation effacée par la réhabilitation ou la révision], 07 juin 2013, n°2013-319 QPC : **237**
M. Yannick N. [Validation législative de procédures fiscales], 23 septembre 2011, n°2011-166 QPC : **731**
Mme Corinne C. et autre [Interdiction du mariage entre personnes de même sexe], 28 janvier 2011, n°2010-92 QPC : **237**
Mme Térésa C. et autre [Exception de vérité des faits diffamatoires de plus de dix ans], 20 mai 2011, n°2011-131 QPC : **237**
Mme Vivianne L. [Loi dite "anti-Perruche"], 11 juin 2010, n°2010-2 QPC : **237**
SELARL PJA, ès qualités de liquidateur de la société Maflow France [Validation législative des délibérations des syndicats mixtes instituant le « versement transport »], 14 février 2014, n°2013-366 QPC : **237**

V- JURISPRUDENCE NATIONALE ÉTRANGÈRE

A- Cour suprême des Etats-Unis

Atkins vs Virginia, 20 juin 2002, 536 U.S. 304 : **355, 389**
Marbury vs Madison, 24 février 1803, 5 U.S. 137 : **321**
Roper vs Simmons, 1er mars 2005, 543 U.S. 551 : **355, 356**
Thompson vs Oklahoma, 29 juin 1988, 487 U.S. 815 : **355**

B- Jurisprudence nationale allemande

AG, Wittenberg, 19 mars 2004, 5 F 741/02 et 5 F 741/02 : **734**
OLG, Naumburg, 30 juin 2004, 14 WF 64/04 et 26 juillet 2004, 9T 47/03 : **734**
BVerfGE, 5 avril 2005, 1 BVR 1664/04 : **734**
BVerfGE, 10 juin 2005, 1 BvR 2790/04 : **734**
BVerfGE, 14 octobre 2004, *Görgülü*, 2 BvR 1481/04 : **734**

C- Jurisprudence nationale italienne

Cour de cassation italienne, Ass. plén. pén., 21 janvier 2010, *Beschi*, req. n°18288 ; in C.e.d. Cass., n° 246651 : **733**
Cour de cassation italienne, Ass. plén., ord. 19 avril 2012, req. n°34472 : **733**
Cour constitutionnelle italienne, 18 juillet 2013, req. n°210/2013 : **733**

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les nombres renvoient aux numéros de page)

- Activisme judiciaire, 210, 548, 558
- Arrêt pilote, 78, 461, 470, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 489, 505, 598
- Autolimitation, 24, 29, 50, 92, 115, 189, 194, 196, 209, 210, 212, 215, 220, 240, 241, 243, 260, 263, 305, 326, 330, 338, 340, 349, 350, 355, 356, 362, 368, 371, 373, 377, 381, 384, 385, 387, 390, 391, 392, 393, 396, 399, 400, 402, 406, 407, 409, 412, 415, 417, 418, 426, 434, 439, 459, 469, 484, 547, 553, 560, 581, 585
- Autonomie nationale, 68, 259, 398, 414, 420, 422, 426, 428, 429, 432, 434, 435, 436, 439, 446, 447, 461, 485, 520, 521, 543, 549, 554, 559, 561
- Autorité
- de la chose interprétée, 510, 511, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 523, 529, 531, 532, 533, 543, 545, 590, 595, 602
 - de la chose jugée, 458, 511, 512, 513, 514, 518, 533
- But légitime, 208, 244, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 353, 354, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 378, 382, 388, 395, 402, 415, 416, 418, 436, 478, 548
- Consensus
- consensus européen, 112, 208, 224, 236, 238, 239, 241, 242, 243, 245, 246, 247, 248, 249, 263, 264, 274, 277, 284, 289, 292, 293, 296, 297, 302, 304, 305, 307, 308, 310, 314, 315, 317, 318, 320, 323, 328, 329, 330, 333, 335, 338, 339, 342, 343, 347, 384, 388, 397, 416, 417, 548, 610
 - instrumentalisation du consensus, 270, 303, 311, 319, 320, 321, 327, 330, 339
 - internationalisation du consensus, 237, 278, 279, 284, 289, 290, 291, 294, 295, 296, 297, 299, 300, 301, 316, 342
- Constitutionnalisation, 82, 442, 490, 502, 504, 505, 506, 507, 508
- Contrôle de proportionnalité, 22, 206, 236, 307, 308, 346, 347, 349, 368, 372, 404, 436, 437, 443, 526
- Critère de proximité, 6, 11, 17, 19, 62
- Devoir de coopération, 521, 522, 529, 538, 540, 543, 544
- Dialogue des juges, 285, 286, 287, 523, 525, 526, 527, 580, 586, 606, 608
- Diversité nationale, 194, 196, 197, 203, 204, 205, 222, 223, 224, 225, 227, 233, 234, 237, 239, 243, 246, 249, 253, 262, 612
- Domaine
- critère du domaine, 347, 348, 371, 372, 374, 375, 376, 377, 378, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 387, 388, 390, 392, 394, 395, 396, 397, 400, 401, 403, 404, 405, 406, 408, 410, 413, 415, 416, 431
 - domaines sensibles, 275, 348, 376, 377, 381, 415, 428

Droit commun, 8, 10, 11, 29, 30, 41, 42, 45, 46, 49, 55, 58, 62, 90, 98, 105, 110, 111, 112, 119, 120, 128, 131, 132, 133, 134, 153, 156, 170, 172, 177, 186, 189, 195, 196, 204, 224, 227, 232, 233, 234, 235, 237, 238, 240, 241, 250, 251, 254, 420, 422, 423, 425, 427, 477, 520, 522, 525, 527, 528, 532, 534, 574, 584, 585, 589, 591, 592, 596, 597, 602, 603, 612

Effectivité

- effectivité des droits, 74, 168, 214, 416, 426, 487, 550, 554, 556, 558, 559, 560, 562, 564, 565, 577, 609, 610
- principe d'effectivité, 124, 555, 556, 557, 558, 561, 566

Effets des arrêts, 449, 509, 519, 522, 537, 583, 591

Efficacité, 5, 6, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 42, 50, 51, 55, 61, 62, 86, 122, 131, 154, 168, 184, 185, 186, 187, 189, 190, 191, 193, 194, 465, 467, 475, 483, 486, 492, 499, 501, 505, 506, 510, 519, 525, 561, 564, 565, 566, 593, 609, 614

Epuisement des voies de recours internes, 31, 38, 60, 64, 65, 66, 97, 99, 123, 125, 137, 138, 140, 141, 142, 144, 146, 147, 148, 154, 157, 158, 159, 161, 162, 184, 192, 209, 253, 420, 472, 581, 585, 586, 590, 593, 594, 597, 605

Exécution des arrêts, 22, 24, 66, 67, 80, 423, 424, 448, 449, 450, 451, 454, 456, 461, 463, 464, 465, 468, 469, 474, 476, 477, 478, 479, 480, 482, 483, 484, 485, 512, 527, 529, 538, 539, 540, 541, 542, 575, 582, 587, 592, 594, 595, 613

Gouvernement des juges, 210, 211, 212, 258, 288, 523, 611

Harmonisation des droits, 50, 74, 96, 104, 134, 195, 196, 199, 200, 202, 208, 222, 223, 224, 232, 234, 235, 236, 237, 240, 243, 249, 251, 262, 275, 286, 325, 343, 417, 561, 562

Impérativité, 31, 112, 113, 114, 115, 120, 124, 196

Interprétation

- directive d'interprétation, 28, 91, 98, 103, 108, 109, 198
- interprétation consensuelle, 29, 224, 235, 236, 237, 238, 240, 241, 242, 243, 244, 248, 249, 250, 257, 259, 262, 263, 264, 265, 277, 278, 290, 292, 296, 297, 298, 299, 302, 303, 305, 306, 312, 314, 315, 320, 322, 323, 324, 327, 329, 330, 338, 339, 342, 343, 344, 384, 400, 415, 581, 596
- interprétation constructive, 278, 284, 297, 598
- interprétation dynamique, 124, 236, 253, 389, 557
- interprétation évolutive, 228, 236, 241, 242, 270, 277, 295, 330, 340, 388, 556, 614, 616
- théorie réaliste de l'interprétation, 28

Juges de droit commun de la Convention, 26, 166, 525, 549

Juridicité, 31, 89, 108, 109, 110, 111, 119, 124, 125, 127, 128, 130, 551

Justiciabilité, 21, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 148, 581, 584, 587

Liberté interprétative, 257, 258, 284, 288, 301, 305, 331

- Libre choix des moyens, 67, 97, 125, 423, 424, 451, 455, 463, 466, 468, 473, 480, 481, 482, 485
- Limitations implicites, 350, 351, 352, 353
- Marge nationale d'appréciation, 22, 29, 31, 34, 75, 81, 127, 196, 200, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 212, 222, 234, 235, 236, 238, 244, 246, 247, 249, 251, 257, 261, 262, 263, 270, 275, 302, 303, 304, 308, 316, 323, 327, 328, 330, 339, 342, 345, 346, 347, 349, 350, 357, 368, 370, 383, 385, 389, 395, 400, 415, 417, 420, 422, 442, 444, 548, 549, 553, 562, 596
- Mesures
- mesures générales, 189, 452, 459, 460, 461, 463, 470, 472, 473, 474, 476, 477, 482, 511, 514, 515, 533, 540
 - mesures individuelles, 452, 456, 457, 458, 459, 463, 464, 465, 470, 474, 475, 482, 484, 533, 602
- Motivation, 49, 53, 54, 77, 79, 95, 210, 249, 269, 275, 279, 280, 286, 288, 293, 307, 330, 343, 356, 358, 395, 412, 457, 463, 469, 481, 511, 519, 520, 530, 531, 533, 539, 584
- Normativité, 93, 94, 95, 96, 108, 109, 110, 111, 112, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 124, 125, 127, 581, 596, 599, 608
- Office du juge, 120, 135, 177, 178, 210, 253, 343, 377, 378, 379, 383, 406, 442, 484, 500, 506, 508, 544, 552, 554, 557, 585, 606
- Opinions séparées, 25, 77, 78, 99, 100, 105, 139, 140, 186, 195, 202, 258, 260, 262, 266, 308, 312, 326, 335, 354, 362, 389, 390, 391, 414, 428, 468, 584
- Partage des responsabilités, 165, 166, 173, 183, 190, 193, 253, 522
- Particularismes nationaux, 177, 188, 202, 204, 205, 241, 243, 246, 251, 258, 284, 342
- Pluralisme, 125, 126, 194, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 207, 208, 219, 222, 223, 224, 225, 227, 232, 233, 234, 235, 239, 241, 243, 246, 247, 250, 251, 253, 262, 289, 309, 323, 326, 327, 328, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 338, 339, 342, 394, 430, 521, 522, 544, 549, 553, 559, 561, 574, 577, 589, 612, 616
- Politique jurisprudentielle, 2, 25, 33, 84, 258, 259, 260, 288, 340, 344, 380, 418, 419, 421, 438, 451, 470, 484, 485, 501, 544, 546, 547, 548, 549, 552, 553, 554, 590, 600, 601
- Préjudice important, 81, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 498, 499, 500, 501, 502, 504, 544
- Principe
- principe directeur, 27, 32, 33, 35, 44, 93, 100, 126, 131, 132, 133, 136, 138, 196, 252, 253, 254, 256, 257, 258, 443, 551, 552, 555, 558, 585, 592, 597, 601, 605
 - principes généraux, 23, 28, 31, 90, 100, 101, 102, 103, 104, 106, 107, 128, 131, 132, 133, 136, 137, 238, 272, 308, 391, 438, 574, 582, 587, 592, 595, 601, 602, 608
- Procéduralisation, 214, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 434, 435, 436, 439, 440, 447, 484, 485, 582, 590, 603, 609, 610
- Question prioritaire de constitutionnalité, 122, 139, 147, 148, 149, 150, 152, 153, 154, 155, 156, 161, 162, 599

Renationalisation, 421, 439, 485, 486, 487,
500, 502, 506, 508, 509, 516, 521, 543,
544, 546, 547, 560, 564

Responsabilisation des Etats membres, 258,
260, 418, 419, 422, 434, 485, 508, 544,
554, 560, 563

Responsabilité partagée, 165, 192, 504, 521,
523, 538, 542

Satisfaction équitable, 452, 464, 465, 466, 467,
474, 533, 602, 624

Seuil minimum de protection, 174, 205, 226

Source

- démultiplication des sources, 278, 279,
280, 285, 288
- globalisation des sources, 278, 299, 300
- source d'interprétation, 278, 279, 281,
285, 288, 294, 301

Souveraineté étatique, 62, 64, 69, 72, 73, 74,
197, 204, 222, 241, 249, 297, 338, 342,
420, 521, 561, 564

Standard commun européen, 73, 139, 225, 226,
227, 228, 229, 232, 239, 240, 250, 257,

277, 294, 305, 310, 325, 342, 343, 422,
508, 583

Subsidiarité

- concept de subsidiarité, 8, 9, 10, 12, 13,
43, 72, 76, 77, 98, 194, 561
- instrumentalisation du principe de
subsidiarité, 259, 260, 343, 417, 420, 500,
548
- mutation du principe de subsidiarité,
259, 421, 422, 424, 432, 468, 471, 476,
478, 482, 483, 544, 561, 563
- notion de subsidiarité, 1, 3, 7, 9, 21, 22,
63, 69, 71, 77, 98, 162, 166, 423
- subsidiarité encadrée, 260, 421, 422,
434, 442, 447, 506, 509, 520, 561, 564
- subsidiarité procédurale, 66, 67, 99, 114,
115, 122, 123, 125, 134, 135, 583
- subsidiarité substantielle, 99, 114, 115,
118, 123, 124, 135, 195, 232, 238, 240,
243, 244, 261, 262, 499

Tendance européenne, 263, 267, 268, 269,
270, 271, 272, 273, 276, 293, 301, 303,
328, 400

Vu et permis d'imprimer

Montpellier, le.....

Le Président de l'Université Montpellier I

Philippe AUGE

